

Cuadernos de Derecho Local

número **2**

Junio de 2003



QDL

Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

CONSEJO CIENTÍFICO

MANUEL ARAGÓN REYES
JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT
JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ
MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE
EDUARDO CALVO ROJAS
TERESA CARBALLEIRA RIVERA
JOSÉ LUIS CARRO-FERNÁNDEZ VALMAYOR
CARMEN CHINCHILLA MARÍN
DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE
JAVIER DELGADO BARRIO
ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR
RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO
TOMÀS FONT LLOVET
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
PABLO GARCÍA MANZANO
RAFAEL GÓMEZ FERRER
JESÚS LEGUINA VILLA
JOAN MAURI MAJÓS
JOSEP MIR BAGÓ
MARÍA JESÚS MONTORO CHINER
ALEJANDRO NIETO GARCÍA
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
LUCIANO PAREJO ALFONSO
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
FRANCISCO RUBIO LLORENTE
JOAQUÍN TORNOS MAS
FRANCISCO VELASCO CABALLERO
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

DIRECTORES

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
DOMÈNEC SIBINA TOMÀS

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

JOSÉ MARÍA ESQUERDA ROSET
FERRAN TORRES COBAS

EDICIÓN

© FUNDACIÓN PRIVADA DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL



PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SIDIGRAF, S.L. ☎ 933 052 450

Depósito legal: B-4681-2002
ISSN: 1696-0955



Antonio Serrano Pascual

Secretario general
de la Diputación de Huesca

Joan Mauri Majós

Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

Luis Ortega Álvarez

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-La Mancha

Ferran Torres Cobas

Secretario de Administración local
y profesor asociado de Derecho Constitucional
de la Universidad Pompeu Fabra

Pilar Galindo Morell

Magistrada

Héctor García Morago

Magistrado-juez
de lo contencioso-administrativo

Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli

Profesora titular de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho de la Universidad
Complutense de Madrid

Marcos Vaquer Caballería

Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid

Pedro Luis Martínez Pallarés

Letrado asesor de la Diputación
Provincial de Zaragoza

Carlos Manuel Trujillo Morales

Letrado asesor-director del Excelentísimo
Cabildo Insular de Gran Canaria

Jorge Pueyo Moy

Jefe de sección de la Asesoría Jurídica
de la Diputación Provincial de Huesca

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 6

El sistema de fuentes de las entidades locales (I) 7

Las relaciones de puestos de trabajo y la gestión
de la función pública local 42

El derecho de acceso de los miembros
de las corporaciones locales a la documentación
existente en la corporación. 67

La autonomía local en España
en los albores del siglo XXI. 78

La autorización judicial de entrada en el domicilio 100

El régimen de sesiones del Pleno municipal 111

Competencias sobre la conservación
de vías públicas locales, caminos vecinales,
otras vías rurales y vías pecuarias 128

La Carta Europea de Salvaguarda
de los Derechos Humanos en la Ciudad 139

INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS
DE LOS ENTES LOCALES 146

Particularidades del contrato de gestión
de servicios públicos. En especial su regulación
en el ámbito local 147

El procedimiento de aprobación del nuevo
Plan insular de ordenación de Gran Canaria 158

La negociación colectiva en la función pública local,
con referencia especial a las pequeñas
corporaciones locales 174

Domènec Sibina Tomàs
Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

Domènec Sibina Tomàs
Eva Arnal Arasa
Abogada

**CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS
Y LOS REGLAMENTOS LOCALES 180**

**Las ordenanzas de conservación y policía
de los caminos municipales de uso público (I) 181**

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 196

A) Jurisdicción constitucional..... 197
B) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas..... 205
C) Jurisdicción contencioso-administrativa 207
D) Jurisdicción civil 225
E) Jurisdicción penal 227

Las elecciones pasan, el derecho local permanece. Bien sé que cada día nos plantea retos diferentes, y que cuestiones aparentemente cerradas resurgen de entre sus propias cenizas. Lo que permanece inevitablemente se transforma. Seguir ese proceso requiere trabajo, pero exige sobre todo ilusión para que el esfuerzo sea sostenible. La Fundación Democracia y Gobierno Local ha tenido la fortuna de contar con colaboradores que comparten esa filosofía. Creo que este nuevo QDL así lo acredita.

En efecto, todos somos conscientes de las enormes dificultades que plantea la identificación y la selección de la norma aplicable en el particular contexto del derecho local, que, en cierto modo, padece a diario las indefiniciones de los principios de subsidiariedad y prevalencia que debieran ordenar las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos jurídicos autonómicos. Y... qué decir de las "errepetés". Un plural enigmático con el que hay que convivir, pero cuya elaboración y manejo condiciona una eficaz gestión de los recursos humanos al servicio de la entidad local. Diseccionar la confusión para hacernos comprender el funcionamiento real de lo que ocultan las normas y las palabras era una tarea inexcusable. Como, sin duda, también lo era poner orden y claridad en las facultades pretendidamente comprendidas en el derecho de acceso a la documentación existente en las corporaciones locales por parte de los electos. Cuestión, como se sabe, absolutamente controvertida, puesto que los órganos de gobierno de las entidades locales son, simultáneamente, "legislativo y ejecutivo".

En relación con este último tema, en este QDL publicamos un trabajo del profesor Luis Ortega que en su día fue la ponencia defendida por este autor en el Seminario Permanente de Derecho Local, en el que pudimos contar con la inestimable participación de los profesores Rubio Llorente, Aragón Reyes, Cruz Villalón, Tornos Mas, Font i Llovet, de los magistrados García Manzano, Sánchez Bordona, Rafael Montalvo, Rojas Calvo, Córdoba Catroverde, así como la de los distintos secretarios y los asesores jurídicos de las corporaciones locales que intervinieron en aquel acto.

De no menor interés son, a mi juicio, el resto de los estudios contenidos en este QDL, sobre todo por la particular perspectiva que, en relación con el tema tratado, nos ofrece cada autor. Un magistrado nos ilustra sobre los problemas que presenta el régimen de sesiones del Pleno municipal; un secretario de Administración local teoriza sobre los perfiles futuros de la autonomía local; una profesora descende a la realidad, a menudo olvidada, de los caminos vecinales y las competencias sobre conservación de vías públicas locales, tan necesitada de un examen más sistemático y menos casuístico; y, por último, otro profesor nos aproxima a ese nuevo frente del derecho local que es la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

En esta tarea de acercamiento a esa singular diversidad que ocultamos bajo la expresión "derecho local", la sección de informes nos permite conocer propuestas jurídicas específicas confeccionadas para solventar problemas jurídicos emanados directamente de la realidad y para los que, como bien sabemos, no siempre hay soluciones teóricas adecuadas.

Las habituales secciones de crónica de ordenanzas y jurisprudencia cierran este QDL. Pienso, sinceramente, que cuando concluyan su lectura, compartirán mi personal impresión de que con este segundo número se consolida una línea de análisis jurídicos de calidad. Por eso comenzaba estas páginas agradeciendo a los autores y, más ampliamente, a los colaboradores de la Fundación su disponibilidad y esfuerzo. Nada como lo bien hecho para convertir lo que comenzó siendo una ilusión en un trabajo que ilusiona. Ahora bien, somos plenamente conscientes de que el calificativo se lo debemos especialmente a nuestros lectores. Por eso, permítaseme insistir en la trascendencia que para nosotros tienen sus sugerencias y observaciones.

Francisco Caamaño Domínguez
*Director de la Fundación
Democracia y Gobierno Local*

La sección “Estudios” publica trabajos realizados por magistrados y jueces, profesores universitarios y profesionales al servicio de las administraciones públicas sobre temas de actualidad jurídica y cuestiones que de manera reiterada y constante ocupan a los operadores jurídicos que actúan en el ámbito de la Administración local. El objetivo principal es mostrar las distintas perspectivas que resultan de esta triple visión.

Este planteamiento se inserta en uno de los objetivos principales de la Fundación Democracia y Gobierno Local, que consiste precisamente en convertirse en una plataforma de encuentro entre la judicatura, la universidad y la Administración.

Los trabajos tendrán su origen, en la mayoría de ocasiones, en las ponencias y conferencias que se impartan en las sesiones de trabajo que organice la Fundación Democracia y Gobierno Local en solitario o en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, las universidades, las administraciones públicas u otras instituciones.

En este número de la revista publicamos trabajos realizados por personal al servicio de la Administración local, miembros de la judicatura y profesores de universidad. La aportación de los funcionarios locales, ambos secretarios de Administración local, se concreta en dos temas clásicos y conflictivos, “El sistema de fuentes de las entidades locales” y “La autonomía local”. Antonio Serrano Pascual afronta el sistema de fuentes desde una perspectiva sistemática y rigurosa que desarrolla en dos partes, la segunda de las cuales, en la que examina las fuentes autónomas del ordenamiento local y la costumbre como fuente del ordenamiento local, se publicará en el QDL, 3. Ferran Torres Cobas afronta la autonomía local como un reto que debe ser afrontado de distinto modo en los albores del siglo XXI, utilizando instrumentos normativos y técnicas jurídicas ya conocidas, pero sobre los que debe replantearse su alcance y potencialidad.

Los miembros de la judicatura, los magistrados Héctor García Morago y Pilar Galindo Morell, analizan cuestiones, en un caso, cotidianas para el personal al servicio de los entes locales “El régimen de sesiones del pleno municipal” y en el otro muy habituales, como son las que plantea, “La autorización judicial de la entrada en el domicilio”. Esta última cuestión se aborda por la magistrada Pilar Galindo sin rehuir en ningún momento las incertidumbres que ha generado una legislación cambiante y una jurisprudencia no siempre homogénea.

Del ámbito universitario se publican cuatro trabajos. Luis Ortega Álvarez examina la cuestión del “Derecho de acceso de los miembros de las corporaciones locales a la documentación existente en la corporación”, tema que fue el objeto de la primera sesión del seminario permanente de derecho local que organiza la Fundación Democracia y Gobierno Local, y en la que expertos ponen en común su conocimiento y experiencia. Joan Mauri Majós, en su trabajo “Las relaciones de puestos de trabajo y la gestión de la función pública local” consigue explicar con precisión y claridad un instrumento de organización sobre el que recaen dudas respecto a su naturaleza jurídica, su procedimiento de elaboración, su régimen jurídico y sus efectos. Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli reflexiona sobre una cuestión difícil y mal resuelta, como es la conservación de las vías públicas que no pueden ser calificadas como carreteras; cuestión que aborda en el trabajo “Competencia sobre la conservación de vías públicas locales, caminos vecinales, otras vías rurales y vías pecuarias”. Finalmente, Marcos Vaquer Caballería examina “La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad”, y nos da noticia sobre ella.

El sistema de fuentes de las entidades locales (I)¹

Antonio Serrano Pascual
*Secretario general
 de la Diputación de Huesca*

1. La configuración del régimen local en la Constitución española de 1978.
 - 1.1. El carácter bifronte de la Administración local. 1.1.1. Las competencias estatales y autonómicas. 1.1.2. La normativa estatal de régimen local. 1.1.2.1. La normativa estatal básica. 1.1.2.2. La normativa estatal supletoria. 1.1.3. La asunción estatutaria del régimen local por las comunidades autónomas. 1.1.4. Legislación estatal básica-legislación de desarrollo: su análisis en la STC 37/2002, de 14 de febrero. 1.2. Los tratados internacionales como fuente del derecho interno. 1.2.1. La Carta Europea de la Autonomía Local.
 2. El complejo sistema de fuentes de la Administración local.
 - 2.1. La previsión inicial del artículo 5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. 2.1.1. La inconstitucionalidad de la norma interpretativa del sistema de fuentes de las entidades locales: la STC 214/1989, de 21 de diciembre. 2.2. Las fuentes sobre organización, funcionamiento y régimen jurídico. 2.2.1. Las fuentes del núcleo representativo de las entidades locales. 2.3. Las fuentes sobre el procedimiento, la expropiación forzosa, los servicios locales, el territorio y la población, la contratación administrativa, el personal al servicio de las administraciones locales... 2.3.1. El procedimiento administrativo y la responsabilidad patrimonial, los servicios locales, la expropiación forzosa, y el territorio y la población. 2.3.2. La contratación administrativa. 2.3.3. El personal de las entidades locales. 2.4. Las fuentes de las haciendas locales. 2.5. Las fuentes en materia de bienes. 2.6. Las fuentes aplicables a los ámbitos sustantivos de actuación. 2.7. Las leyes autonómicas sobre régimen local.

1. El trabajo se publicará en dos partes. "El sistema de fuentes de las entidades locales (II)" aparecerá en el próximo número (QDL, 3), y su sumario es el siguiente:

1. Las fuentes autónomas del ordenamiento local.
 1.1. La potestad reglamentaria de las entidades locales. 1.1.1. Las ordenanzas, los reglamentos y los bandos 1.1.1.1. El reglamento orgánico. 1.1.2. El procedimiento de aprobación y la entrada en vigor de las ordenanzas y los reglamentos. 1.1.2.1. La competencia del presidente de la corporación para la

aprobación de reglamentos. 1.1.2.2. La impugnación de las ordenanzas y los reglamentos. 1.1.3. La potestad reglamentaria de las entidades locales y su ámbito de aplicación. 1.1.3.1. Los avances de las fuentes autónomas: las STC 233/1999, de 16 de diciembre, 106/2000, de 4 de mayo, y 132/2001, de 8 de junio.
 2. La costumbre como fuente del ordenamiento local.
 3. La seguridad jurídica y el problemático sistema de fuentes de las entidades locales.
 Bibliografía de consulta.

Hay, pues, necesariamente, una pluralidad de fuentes; con la cual ha de constituirse, no obstante, un sistema unitario, el ordenamiento jurídico. Esta unidad es así un resultado constantemente puesto en cuestión y constantemente reconstruido, porque sin su existencia el derecho y la sociedad se destruirían.

E. García de Enterría²

1. La configuración del régimen local en la Constitución española de 1978

Si se repasan las diferentes constituciones españolas, una constante que se observa en todas ellas es la relevancia constitucional que se ha otorgado a la Administración local, de forma que se ha entendido siempre que el régimen local es una parte estructural dentro de la configuración del Estado, y, como tal, sus rasgos esenciales ya han venido explicitados en los textos constitucionales, siendo la Constitución de Cádiz,³ de 1812, la que lo hizo con mayor amplitud (artículos 309 al 337).

La Constitución española de 1978 (en adelante, CE) no se sustrae a esa tónica histórica, y en su artículo 137 refleja que el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias –junto con las comunidades autónomas que se constituyan–, gozando todas estas entidades de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

El texto constitucional desarrolla la configuración de las entidades locales necesarias; es decir, del municipio (artículo 140) y de la provincia y de las islas (artículo 141), dotándolas de personalidad, al mismo tiempo que fija las pautas de su gobierno y administración, y es preciso subrayar que en este marco constitucional son la autonomía y el carácter democrático los dos aspectos nucleares en torno a los cuales giran los municipios y las provincias.

A su vez, según el apartado 3 del artículo 141, se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia, e igualmente el artículo 152.3 determina que, mediante la agrupación de municipios limítrofes, los estatutos podrán establecer circunscripciones territoriales propias, que gozarán de plena personalidad jurídica. El artículo 142, por último, plasma el mandato de que las haciendas locales dispongan de medios suficientes para el desempeño de las funciones que tengan atribuidas legalmente.

Para el legislador ordinario resulta indisponible el reconocimiento que se establece en la Constitución de la existencia y la autonomía de las entidades locales necesarias, dado que ello conlleva que éstas constituyen elementos indispensables en el nuevo orden constitucional. Debe advertirse, no obstante, que, como señala el Tribunal Constitucional, en la STC 27/1987, de 27 de febrero –que reitera a su vez la STC 32/1981, de 28 de julio–:

“El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o un reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas; pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario al que no se fija más límite que el reducto indisponible o el núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza [...]. En definitiva, la única interdicción discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y por la aplicación que de las mismas se hace.” (FJ 3)

El Tribunal Constitucional lleva a cabo de esta forma la recepción en nuestro país de la doctrina constitucional alemana sobre la garantía institucional de la autonomía local, en un intento de defender esta autonomía frente al legislador ordinario, de forma que se mantenga la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar,⁴ garantizando el derecho a participar en la gestión de los intereses que les afecten y no otorgando competencias exclusivas a las corporaciones locales, porque la propia Constitución no lo hace en este nivel territorial, sino en el plano relativo al Estado y a las comunidades autónomas. La solución, sin embargo, no es del todo satisfactoria ya que hace falta todavía un paso adelante por el propio Tribunal Constitucional, en la línea defendida por Ortega Álvarez:⁵

“Todavía no hemos leído un razonamiento del TC en el que se nos diga: ‘Es preciso que todas las leyes atribu-

2. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El ordenamiento administrativo. La Constitución como norma jurídica”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, p. 66. Civitas, 9.ª ed., Madrid, 1999.

3. Este texto constitucional llegaba a disponer incluso en el artículo 321, párrafo 8, que los ayuntamientos tenían competencia para “[...] formar las ordenanzas municipales del pueblo y presentarlas a las Cortes para su aprobación por medio de la diputación provincial, que las acompañará con su informe”.

4. No es extraño que ante el peligro de un silencioso vaciamiento de la autonomía local, que se viene denunciando también en otros países, como

sucede también con Alemania, se busquen técnicas como la arbitrada recientemente en nuestro país en el marco del llamado *Pacto Local*, con la introducción del conflicto en defensa de la autonomía local, recogido en el artículo 75 bis de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que resulta insatisfactoria desde el punto de vista de los requisitos de legitimación exigidos para ello, y que no se compadece con lo dispuesto en el artículo 11 de la Carta Europea de la Autonomía Local.

5. ORTEGA ÁLVAREZ, L. “La potestad normativa local”, en *Anuario del gobierno local. Configuración jurídica de la autonomía local. Municipio y transformaciones sociales. Urbanismo e inmigración*, p. 53. Marcial Pons, Madrid, 2001.

yan a los entes locales un cierto ámbito de decisión normativa y ejecutiva acerca de las materias definidas como competencias propias' [...]."

El Tribunal Supremo, por su parte, en la Sentencia de 21 de febrero de 2001 (*El Derecho*, 2001/26370) se refiere a esta garantía institucional, concretamente de la provincia, en los siguientes términos, FJ 6:

"De todo ello se puede concluir, como primera premisa, que la dimensión constitucional de la provincia, como institución indisponible de la estructura constitucional, no puede ser ignorada, en su núcleo esencial, ni por el Estado ni por las comunidades autónomas. No obstante, la atribución material de competencias a las diputaciones provinciales no puede entenderse, desde la perspectiva constitucional, al margen de las normas del Estado y de las comunidades autónomas que se dictan en desarrollo de las competencias respectivamente asumidas, según el alcance de los artículos 148.1 y 149.1 de la Constitución.

"Esta forma de entender la estructura constitucional, por lo que al ámbito local respecta, se deriva de la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, que al referirse al artículo 5 de la Ley 7/1985, de bases del régimen local, recordaba, que el sistema de fuentes del ordenamiento local no podrá ignorar el bloque de la constitucionalidad, formado, en este caso, por las leyes del Estado y de las comunidades autónomas.

"El reconocimiento de la autonomía local y su necesaria defensa ha sido recientemente reforzada por la reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, operada por la Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, por la que se reconoce la legitimidad de los municipios y las provincias para plantear el oportuno conflicto ante el Tribunal Constitucional, cuando las leyes del Estado o de las comunidades autónomas puedan lesionar la autonomía local, constitucionalmente garantizada.

"La introducción de los artículos 75 bis a 75 quince en la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, implica un reconocimiento de la trascendencia constitucional de la autonomía local, que no podrá ser ignorada o desnaturalizada hasta términos que la hagan irreconocible por las leyes del Estado o de las comunidades autónomas [...]."

El concepto de autonomía local se recoge a su vez en la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, cuyo artículo 3.1 declara:

"Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes [...]."

También interesa destacar que, de alguna manera, el propio Tribunal Constitucional está cambiando su doctrina en materia de autonomía local, en una reelaboración positiva desde el punto de vista de las administraciones locales; como se desprende de la STC 233/1999, de 16 de

diciembre, que afecta a las haciendas locales –referida a las relaciones entre la ley y los reglamentos estatales–, o de la STC 132/2001, de 8 de junio, pero que es extrapolable al marco conceptual de la autonomía local, concretamente de su potestad reglamentaria, y que, por su significación, glosaremos en el punto 1.1.3.1. de la segunda parte de este artículo, que se publicará en el QDL, 3.

Por otro lado, hay que concretar qué ha de entenderse por régimen local, y, en este sentido, la STC 214/1989, de 21 de diciembre, declara que se trata del régimen jurídico de las administraciones locales, en el que se contienen los aspectos institucionales (organizativos y funcionales), y que resulta no una materia evanescente, disgregada en una pluralidad de asuntos sometidos a un régimen competencial diversificado, sino dotada de perfiles propios que "[...] por imperativo de la garantía institucional de la autonomía local, contempla también, y no excluye, lo relativo a las competencias de los entes locales" (FJ 1).

1.1. El carácter bifronte de la Administración local

Al analizar la distribución competencial que se hace del régimen local en nuestra Constitución, observamos que el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.18, tiene la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, lo que conduce, según la STC 32/1981, de 28 de julio, a entender que le corresponde al Estado la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y régimen de las corporaciones locales.

Mientras, las comunidades autónomas *ex* artículo 148.1.2 pueden asumir competencias en materia de alteración de términos municipales de su territorio y, en general, de las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las corporaciones locales, y cuya transferencia autorice la legislación sobre régimen local, teniendo presente que la citada STC 32/1981 –y en igual sentido la también mencionada 27/1987– declara también que: "La fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme en todas las entidades locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas, ya que la potestad normativa de las comunidades autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario [...]."

Lo cierto es que nos encontramos, pues, ante una materia, el régimen jurídico de las corporaciones locales, de una clara relación internormativa, en la que la concurrencia del Estado y de las comunidades autónomas, por medio de sus poderes normativos, va a estar omnipresente, sobre todo porque éstas van incorporando el régimen local entre sus competencias exclusivas, todo ello sin perjuicio de las competencias estatales. En este sentido, como indica la STC 84/1982, de 23 de diciembre:

“Esta ley –se refiere a las leyes de las comunidades autónomas– debe ajustarse, sin embargo, a las bases establecidas por el Estado, de manera que el régimen jurídico de las corporaciones locales, aun en aquellas comunidades autónomas que, como la catalana, asumen el máximo de competencias al respecto, es siempre el resultado de la actividad concurrente del Estado y de las comunidades autónomas.

“Este carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales en algunas comunidades autónomas, que hace imposible calificarlo, de forma unívoca, como ‘intracomunitario’ o ‘extracomunitario’ no es contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución, cuyo artículo 137 concibe a municipios y provincias como elementos de división y organización del territorio del Estado. Dividido y organizado, también éste, en su integridad y sin mengua de ella, en comunidades autónomas, ambas formas de organización se superponen sin anularse.” (FJ 4)

Podemos adelantar ya que en el panorama del actual régimen local español nos encontramos, entre las fuentes heterónomas relativas al derecho nacional de fuente interna –como vamos a tener la oportunidad de exponer–, con normas preconstitucionales de dudosa vigencia, con normas posconstitucionales estatales cuyo carácter básico no está completamente definido, y con preceptos de encaje dificultoso dentro de la propia legislación estatal, a todo lo cual se suma una legislación emergente dictada por las comunidades autónomas, tanto de desarrollo de la legislación estatal como la dictada en ejercicio de competencias exclusivas sectoriales –que pueden contener preceptos que afectan, a su vez, a legislación estatal básica–, lo que añade, como puede comprenderse, una mayor complejidad y requiere por ello una serena y profunda reflexión.

Súmese a ello la existencia del derecho nacional de fuente externa, constituido sobre todo por la Carta Europea de la Autonomía Local y por los reglamentos, directivas y decisiones de la Unión Europea, y en el plano de las fuentes autónomas por las ordenanzas, los reglamentos y los bandos.

Se está en condiciones de afirmar, pues, que es necesario encontrar unas pautas, a modo de brújula, en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, que nos permitan contar con una cierta garantía de éxito en la determinación de la norma aplicable y, por ende, en el cumplimiento del mandato constitucional a las administraciones públicas de sometimiento pleno a la ley y al derecho, máxime por las especialidades que se producen en el derecho local en la aplicación del sistema

general de fuentes recogido en el artículo 1 del Código civil:

“1.) Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

“2.) Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior.

“3.) La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

“4.) Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

“5.) Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*.

“6.) La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

“7.) Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.”

Finalmente, no hemos de perder precisamente la perspectiva de la coexistencia de distintas fuentes del derecho en nuestro ordenamiento, y compartimos la opinión del profesor García de Enterría,⁶ cuando afirma que:

“Es un error de la teoría positivista del derecho reducir éste a simples normas e intentar concretar en ellas todos los caracteres del sistema jurídico. La filosofía estructuralista ha hecho visible que en casi toda creación humana la idea de un sistema estructural precede y da únicamente sentido a las series de actos o posiciones concretas. Así, en el derecho, indudablemente. Pero a la vez, ese sistema estructural no es prácticamente nunca reflexivo y abstracto, sino función del conjunto social y de sus experiencias reales, idea y hecho.”

De alguna manera, frente a la línea *neokantiana* que cristaliza con el normativismo voluntarista de Kelsen, en la *Teoría pura del derecho*, se vuelve a reproducir la dialéctica entre el *dikaion physikon* y el *dikaion monikon*; es decir, entre el derecho natural y el derecho positivo, que recogía Aristóteles⁷ en su *Ética a Nicómaco*, siguiendo los pasos de Sócrates y Platón, autores que ya advertían sobre los riesgos que conllevaba la aplicación del derecho positivo sin más modulaciones.

6. *Op. cit.*, p. 64.

7. De igual manera, Sófocles, en su drama *Antígona*, se plantea el conflicto entre las normas del rey Creonte y las del derecho natural, cuando la

heroína desobedece al tirano y contraviene su orden de que no se enterrase a su hermano, entendiendo que la razón moral le obligaba a ello.

1.1.1. Las competencias estatales y autonómicas

Sentada la configuración del régimen local en nuestra Constitución y su carácter bifronte –del que se va a derivar, obviamente, una concurrencia normativa entre el Estado y las comunidades autónomas sobre las corporaciones locales–, es preciso contrastar cómo se ha concretado dicho planteamiento de poderes normativos teóricos con el discurrir legislativo de dichas administraciones, lo que se aborda en los puntos siguientes.

A este respecto, resulta necesario aclarar de antemano el concepto de legislación básica –que se diferencia, por supuesto, de la delegación legislativa otorgada mediante una ley de bases, a que alude el artículo 82.2 de la CE–, y en este orden de cosas la STC 214/1989, de 21 de diciembre, precisa en su FJ 1:

“Por todo ello, el Tribunal Constitucional deja sentado que la ‘garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia’.

“Pues bien, es esta doctrina –reiterada en posteriores sentencias: fundamentalmente las STC 76/1983 de 5 agosto (FJ 19) y 27/1987 de 27 febrero (FJ 2)–, según la cual debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o unas bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, encontrando cobertura a esa encomienda estatal en el concepto mismo de ‘bases del régimen jurídico de las administraciones públicas’, por cuanto dicha expresión engloba a las administraciones locales [STC 25/1983, FJ 4; 76/1983, FJ 38; 99/1987, FJ 2.b)], la que, con carácter general, inspira el sistema que articula la Ley reguladora de las bases de régimen local. [...] Por todo ello, podrá si acaso discutirse el alcance dado a las competencias del Estado derivadas del artículo 149.1.18 de la CE al incluir, en concreto, entre ellas, la de establecer los criterios básicos en materia de competencias de las entidades locales, pero en absoluto se ajusta a la realidad la afirmación de que el ‘régimen local’ –equivalente, a ‘régimen jurídico de las administraciones locales’– haya quedado reducido a las cuestiones estrictamente organizativas.

“En suma, las cuestiones planteadas en los presentes recursos de inconstitucionalidad han de ser resueltas desde la atribución al Estado, por el artículo 149.1.18 de la CE, de la competencia para establecer las bases de las administraciones públicas. Teniendo en cuenta que, en materia de régimen local, viene modulado su concepto por la garantía constitucional de la autonomía local (artículo 141 de la CE) [...]”

Estamos, en consecuencia, ante el común denominador normativo –según dice textualmente nuestro Tribunal Constitucional en la STC 1/1982, de 28 de enero–, para el conjunto del Estado –aunque esto también se relativiza y tiene abultadas excepciones, como indicaremos más adelante–, a partir del cual cada comunidad autónoma, en ejercicio de sus competencias, podrá establecer las peculiaridades que estime convenientes.

La STC 25/1983, de 7 de abril, sobre el ámbito de las bases, declara que:

“Por ‘principios’, ‘bases’ y ‘directrices’ hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes a todo el Estado. Por ello, la mencionada idea posee un sentido positivo y otro negativo: en sentido positivo manifiesta los objetivos, los fines y las orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y pro la igualdad sustancial de todos sus miembros; en sentido negativo, por la misma razón, constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias cuando, aun definiéndose éstas como exclusivas, la Constitución y el Estatuto las dejan así limitadas [...] no es fácil determinar en cada caso concreto cuáles son las bases de una determinada materia o cuáles son las condiciones básicas a que ha de quedar sometida, y hay que considerar imposible cualquier intento de relación apriorística, limitándose a moverse dentro de las coordenadas que acaban de ser apuntadas.” (FJ 4)

Además, el Tribunal Constitucional en este mismo fundamento jurídico –en igual sentido, puede verse, entre otras, la STC 42/1983, de 20 de mayo– niega que necesariamente haya que estar ante leyes en sentido formal para poder deducir válidamente su carácter de bases, razonando lo siguiente:

“Ha sido también señalado por la jurisprudencia de este Tribunal que las ‘bases’, en cuanto concepto que nuestro primer cuerpo de leyes utiliza para expresar un criterio de deslinde de competencias ante los poderes centrales del Estado y las comunidades autónomas, no tienen necesariamente que quedar articuladas o instrumentadas a través de una concreta forma de manifestación de la voluntad legislativa o política, de manera que hayan de encontrarse en leyes marcos o leyes de bases, sino que, como concepto material, pueden hallarse en leyes en sentido estricto o incluso en reglamentos ejecutivos en cuanto éstos contengan desarrollos necesarios reducidos a ellos por las leyes.”

Por lo demás, como sostiene Baño León,⁸ el hecho de que el Estado tenga la competencia para dictar la legis-

8. BAÑO LEÓN, J. M.⁸. “La ordenación de las normas reguladoras del régimen local”, en *Tratado de Derecho Municipal*, p. 343. Dirigido por Muñoz Machado, S., Civitas, Madrid, 1988.

lación básica sobre el régimen local no es ninguna peculiaridad respecto de la competencia para dictar normas básicas sobre otras materias:

“Donde el Estado dispone de una competencia básica dispone también de un poder de apreciación, de un margen de libertad para fijar lo que se entiende por tal. Al Tribunal Constitucional, como el mismo ha dicho, le corresponde fijar si el Estado se ha extralimitado en su determinación de lo básico.”

Desde otra perspectiva, la asunción estatutaria de competencias sectoriales por las comunidades autónomas incide en las competencias que venían ejerciendo las entidades locales. Así, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 21 de febrero de 2001 (*El Derecho*, 26370/2001) sostiene en los FJ 7 y 8:

“[...] la sala considera que la dimensión institucional de las entidades locales y en especial de la diputación ha de venir referida, exclusivamente, a la Constitución de 1978 y la distribución competencial que en la misma se establece. Dicho en otros términos, ni la ley de 1870, ni la de 17 de julio de 1945, que dio lugar al Texto articulado y refundido de 24 de junio de 1955, como antecedentes históricos más relevantes de nuestro régimen local, autorizan a sostener que la ‘autonomía local’ y las competencias que de su reconocimiento constitucional pudieran derivarse, constituyen una ‘reserva constitucional’, preordenada directamente a la Constitución cuyo contenido, en este caso material, no pueda ser desconocido por las leyes del Estado y de las comunidades autónomas que, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, puedan dictar.

“Esta ‘reserva histórica’ de las competencias de las entidades locales, preordenada directamente a la Constitución, no permite una lectura del artículo 36.1.d) de la Ley de bases de régimen local, al margen de las leyes que, en virtud de las materias asumidas por el juego de los artículos 148.1 y 149.1 de la Constitución puedan dictar las comunidades autónomas, siempre que éstas, como ya se ha advertido, no hagan ‘irreconocible’ la imagen institucional de las diputaciones.

“Por lo tanto, debe admitirse ya, en contra de lo razonado en el segundo de los motivos de la Diputación de Barcelona, que las leyes sectoriales de las comunidades autónomas podrán, siempre que se trate de competencias materialmente asumidas en los respectivos estatutos de autonomía, dictar disposiciones que, en este caso concreto, incidan en la actividad de las entidades locales.

“[...] en atención a las distintas sensibilidades históricas y a las características de las diversas comunidades autónomas, mientras no se prive a las diputaciones de su existencia real como institución, para convertirse en un simple nombre, los diferentes estatutos de autonomía, según la lista de competencias asumidas, podrán potenciar más o menos sus funciones, siendo de desear, desde una perspectiva constitucional, el desarrollo

de los principios de la buena fe y la confianza legítima entre las administraciones, en los términos que lo reclama el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que a través de la cooperación y la colaboración, las administraciones públicas autonómicas y locales respondan a los principios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.

“8.º) En el caso presente, el Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, precisa en su artículo 9 que la Generalitat de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 4.º) cultura; 5.º) patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que dispone el número 28 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, y 6.º) archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas y demás centros de depósito cultural que no sean de titularidad estatal, conservatorios de música y servicios de bellas artes de interés para la comunidad autónoma.

“Por su parte, el artículo 11.7 del Estatuto determina que corresponde a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado, en las siguientes materias: [...] 7.º) museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal cuya ejecución no se reserve el Estado.

“A la vista de esta realidad normativa, la sala, dicho sea con todos los respetos para la diputación recurrente, no puede compartir la interpretación preconizada en el recurso, según la cual el apartado d) del artículo 36.1 de la Ley de bases en cuanto que le atribuye a la diputación, en general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia, incluye también la cultura y los museos; no solo desde la perspectiva del fomento sino también incluyendo facultades organizativas y serviciales, que ignoren la legislación autonómica.

“Ello nos obliga a desestimar, acorde con lo razonado, los otros dos motivos del recurso, no apareciendo indicios que justifiquen el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional 5 de la Ley 17/1990, del Parlamento de Cataluña.”

1.1.2. La normativa estatal de régimen local

Cuando estudiamos la normativa emanada del Estado es preciso, con carácter previo, determinar la naturaleza jurídica de la disposición de que se trate y, en su caso, particularmente del precepto concreto a aplicar, para comprobar, como primera operación, su carácter básico o no.

El modelo de Estado complejo que se deriva de la actual Constitución y el carácter bifronte de nuestro régimen local que se deriva de él —a que antes nos hemos referido— obligan a los actores jurídicos a este necesario análisis, lo que como veremos no deja de presentar dificultades.

Los problemas que en el pasado podían resolverse desde la aplicación de los principios de unicidad y esta-

talidad ordinamentales, aplicando a su vez el principio de jerarquía normativa y la técnica de la subsidiariedad, hoy requieren, como es obvio, nuevas respuestas, en que se hace imprescindible el juicio de contraste entre los títulos competenciales atribuidos al Estado y a las comunidades autónomas, y, en un segundo plano, a las propias entidades locales.

1.1.2.1. La normativa estatal básica

En primer lugar, la normativa básica de régimen local, el común denominador del régimen local español al que antes nos referíamos, viene constituido por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LRL), que, sin embargo, no se aplica en su integridad en el País Vasco y Navarra, por mor de la disposición adicional 1 de la CE y de lo previsto, respectivamente, en las disposiciones adicionales 2 y 3 de la propia LRL. Asimismo, en los municipios de Madrid y de Barcelona, según dispone la disposición adicional 6 de la LRL, se tienen en cuenta determinadas peculiaridades.

Junto a estas excepciones, hay que advertir también que las provincias que han pasado a constituirse en comunidades autónomas uniprovinciales, surgidas en el marco de la Ley del proceso autonómico –es decir, Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Navarra e Islas Baleares– se han subrogado en la titularidad de las relaciones jurídicas de las anteriores diputaciones provinciales y ejercen competencias locales, pero su régimen es mayoritariamente el de la comunidad autónoma. En este caso, siguiendo a Colom Pastor,⁹ se deben sujetar:

“[...] a los preceptos de las normas locales generales o a las leyes sectoriales o básicas del Estado que atribuyan competencias a la provincia, lo cual tiene su lógica si tenemos en cuenta que los estatutos de las comunidades autónomas uniprovinciales, la LRL (artículos 38 y 40) y la Ley del proceso autonómico (artículo 9) encomiendan el gobierno y la administración de las provincias a estas comunidades autónomas, que tienen su propio régimen jurídico. Pues bien, el régimen al que quedarán sometidas las comunidades autónomas cuando gobiernen y administren la provincia será el de la comunidad autónoma, salvo lo indicado respecto de las normas locales atributivas de competencia.”

Por último, Ceuta y Melilla, territorios no integrados en la organización provincial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144.b) de la CE, han visto aprobados sus estatutos de autonomía por las leyes orgánicas 1/1995 y 2/1995, ambas de 13 de marzo, carecen de poder

legislativo formal y ejercen las competencias previstas en sus estatutos, junto con las competencias que la legislación de régimen local estatal atribuye a los ayuntamientos.

La LRL, por otro lado, según se desprende de la STC 27/1987, de 27 de febrero (FJ 4), se inserta en el llamado *bloque de constitucionalidad*, y en el medio centenar de sentencias del Tribunal Constitucional, en que ha sido enjuiciada hasta ahora. El balance es esencialmente positivo para el legislador estatal, siendo precisamente alguna sentencia –en la que se incide en el sistema de fuentes–, como la 214/1989, de 21 de diciembre, que glossaremos más adelante, en la que no ha sucedido de esta manera.

Respecto de la posición de la LRL, que se ha definido como una ley de cabecera, reguladora de la Administración local española, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que tiene una especial significación, como sucede en la STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 4:

“Se trata de una ley que, por definir o delimitar las competencias estatales y autonómicas, y por actuar los valores superiores consagrados en el artículo 137 de la CE, ‘tiene una singular y una específica naturaleza y posición en el ordenamiento jurídico’ (STC 259/1988, de 22 de diciembre, FJ 2), integrándose sin dificultad en aquella parte que sea concreción de principios constitucionales, dentro del llamado *bloque de la constitucionalidad* (artículo 28.1 de la LOTC), según dijimos, entre otras, en las STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 5, y 109/1998, de 26 de mayo, FJ 5 y 12.”

En cuanto a los conflictos dentro de la legislación estatal que se pueden producir, por ejemplo, entre la LRL y otra legislación estatal básica, como la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (en adelante, LHL), Pérez Luque¹⁰ sostiene que en ese supuesto estaríamos ante una inconstitucionalidad indirecta o mediata, en que primaría lo dispuesto en la LRL:

“Existe un rompimiento del sistema constitucional de fuentes, por la superioridad de unas leyes sobre otras [...]. Si la LRBRL es bloque de constitucionalidad, ninguna ley básica que no lo sea, y la LRHL no lo es, puede cambiar la directriz de aquélla.”

Por nuestra parte, creemos que es difícil sostener tal criterio en el ordenamiento jurídico español, ya que, aunque defendamos la especial naturaleza que tiene la LRL, si estamos ante dos leyes estatales básicas –la propia LRL y la LHL– las contradicciones que surgen entre ellas no pueden salvarse simplemente acudiendo a la

9. COLOM PASTOR, B. “Comunidades autónomas uniprovinciales”, en *La provincia en el sistema constitucional*, pp. 231-232. Diputación de Barcelona, Civitas, Madrid, 1991.

10. PÉREZ LUQUE, A. “Un caso atípico de ejercicio de potestad reglamentaria de los presidentes de las corporaciones locales y la necesidad de

que lo tengan expresamente reconocido para el ámbito de ciertos reglamentos internos”, en *El consultor de los ayuntamientos* 19, pp. 3159-3160, 2002.

prioridad de la LRL por su carácter estructural, sino que se requerirían asimismo otros criterios, como el de la ley posterior e incluso el de especialidad, dado que el propio legislador estatal en esta materia –salvo en los escasos artículos que dedica a las haciendas locales en la LRL– ya se remitía en la primitiva redacción del artículo 5 de esta ley a la legislación general tributaria del Estado y la reguladora de las haciendas de las entidades locales.

En segundo lugar, hemos de analizar el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (en adelante, TRRL), dictado por el Gobierno en ejercicio de la autorización contenida en la disposición final primera de la LRL.

Pues bien, la disposición final 7 del TRRL concreta los artículos o las materias de este texto que tienen carácter básico, lo que no plantea dificultades interpretativas, mientras que sí las generaba el inciso contenido en el apartado 1.b) de esta misma disposición final 7, es decir, “en las materias reguladas por los títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos conforme a su naturaleza o [...]”.

La STC 385/1993, de 23 de diciembre, declara la nulidad del inciso “conforme a su naturaleza o”, de forma que el carácter básico del TRRL en las materias reguladas por los títulos VI y VII se debe inferir según disponga la legislación vigente y no conforme a su naturaleza, frente a lo que inicialmente se preveía en esta norma.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional razona lo siguiente en el FJ 6 de esta sentencia:

“La disposición final 7, que en el primero de sus pronunciamientos sobre el carácter básico de ciertos preceptos del texto refundido los señala directa e inequívocamente, con peor o mejor fortuna en la sustancia, según se acaba de ver, pero con un criterio formal impecable, utiliza otro, discutible y discutido, en el párrafo siguiente [1.b)]. Allí se dice que ‘en las materias reguladas por los títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos conforme a su naturaleza o según disponga la legislación vigente en aquéllas’.

“Dejando aparcada esta última parte de la oración disyuntiva que no es sino una remisión a otros lugares del ordenamiento jurídico mediante la técnica del reenvío, practicada habitual y pacíficamente para una mayor o mejor economía legislativa, conviene concentrar la atención, como lo ha sido también la impugnación, sobre la primera parte de la frase. Así como en la otra hay una calificación expresa pero indirecta, en ésta se contempla como implícita, inherente y casi inmanente, extraíble por inducción o deducción –inferencia– y, por razón de ‘su naturaleza’, operación lógica de segundo grado que se encomienda a cualquiera, aun cuando la última palabra al respecto corresponda a este tribunal. Esto, hay que decirlo ya, no desposee de sus funciones a las Cortes Generales. El problema es otro.

“Tal precepto resulta claramente incompatible con la constelación de requisitos y principios que sirven para configurar y exteriorizar el carácter básico de cualquier norma, según los hemos venido diseñando a partir de nuestra STC 69/1988, cuya doctrina asumen otras varias posteriores (STC 80/1988, 227/1988, 15/1989, 132/1989, 147/1991 y otras). En ese acervo jurisprudencial se exige la calificación expresa de tal carácter básico o, excepcionalmente, que la norma correspondiente posea una estructura de la que pueda inferirse esa condición con naturalidad. En definitiva, cabe añadir aquí, que resplandezca por notoriedad o, en otro lenguaje, que resulte evidente por sí misma. Con ello se hace siempre alusión a lo manifiesto o a lo obvio y, en suma, a lo que no necesita de una ulterior operación interpretativa.

“La frase de la cual nos venimos ocupando no se ajusta al modelo formal de bases desde el momento en que defiende su determinación a una actividad hermenéutica, la ‘inferencia natural’ desde el propio contenido de la norma, sin mayor orientación, que resulta así incompatible no sólo con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) en su acepción genérica sino también en la más específica de dotar de certeza y nitidez al esquema de las competencias estatales y autonómicas, para lograr un claro deslinde de unas y otras por medio de la reducción de la indeterminación formal de las normas básicas.

“Por ello, el inciso ‘conforme a su naturaleza’ es contrario al principio más arriba enunciado y la frase en la cual está inserto, a la cual su desaparición dejaría sin sentido, ha de erradicarse completamente del párrafo con la conjunción copulativa intermedia, sin función ahora, cuya fórmula final de reenvío, aun cuando quizá no sea la mejor, no adolece de indeterminación en la calificación de lo básico ni en consecuencia provoca inseguridad jurídica alguna más allá de la molestia o la dificultad material de localizar los textos legales dispersos o extravagantes.”

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha abordado nuevamente esta cuestión, en la STC 37/2002, de 14 de febrero, manteniendo su doctrina sobre el TRRL. Particularmente, en cuanto a los artículos 146.2, 148 y 150.2 del TRRL, que versan sobre aspectos de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración local, recuerda el Tribunal Constitucional que la STC 385/1983, de 23 de diciembre, a propósito de la disposición final 7, apartado primero, letra b), de este texto refundido, declaró inconstitucional el inciso “conforme a su naturaleza o”, y confirmó la constitucionalidad, en cambio, del inciso final “según disponga la legislación vigente en aquéllas”.

De esta manera, el Tribunal Constitucional vuelve a refrendar que los preceptos citados del TRRL no son básicos, ya que el legislador estatal únicamente ha calificado como básico en esta materia disciplinaria el artícu-

lo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (en adelante, LFP). En este nuevo enjuiciamiento de preceptos del TRRL, el Tribunal Constitucional declara que no se ha infringido, en el caso en cuestión por la Comunidad Autónoma de Cataluña, el artículo 149.1.18 de la CE, con el siguiente razonamiento en el FJ 10:

“Los preceptos del Texto refundido del régimen local de 1986, identificados como básicos en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (artículos 146.2, 148 y 150.2), se encuentran ubicados en el capítulo II (“Disposiciones comunes a los funcionarios de carrera”) del título VII (“Personal al servicio de las corporaciones locales”) del referido texto legal, por lo que en aplicación de la disposición final séptima, apartado primero, letra b), de la LRL 1986, depurada ya del vicio de inconstitucionalidad del que adolecía su redacción original, su calificación como básicos o no vendrá determinada por lo que ‘disponga la legislación estatal vigente en aquéllas’ materias que los mismos regulan. Pues bien, dado que en relación con el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, en general, y, en particular, de los funcionarios públicos de las corporaciones locales, el legislador estatal únicamente ha calificado como básico el mencionado artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto –a cuyo contenido antes se ha aludido– sin que ninguna previsión al respecto se contenga en la LBRL, hay que concluir, en virtud de la fórmula recogida para la determinación de lo básico en la disposición final séptima, apartado primero, letra b), de la LRL que no cabe predicar tal naturaleza de los citados artículos 146.2, referido al régimen de prescripción de las faltas disciplinarias, 148, que recoge un catálogo de medidas sancionadoras y su aplicación a las faltas en atención a su gravedad, y 150.2, que contempla la posibilidad de que el órgano competente para acordar la incoación del expediente disciplinario decreta o levante la suspensión provisional del interesado, todos ellos del Texto refundido del régimen local de 1986.”

1.1.2.2. La normativa estatal supletoria

Como indica el artículo 149.3 de la CE *in fine*, el derecho estatal será, en todo caso, supletorio¹¹ del derecho de las comunidades autónomas; de ahí que sea necesario conocer dicho derecho estatal, porque los preceptos estatales sobre régimen local que no tengan carácter básico serán igualmente aplicables si la comunidad autónoma correspondiente no ha dictado su propia normativa en

ejercicio de sus competencias, bien porque no tenga título estatutario para ello o bien porque no lo ha desarrollado todavía. La disposición transitoria primera de la LRL establece, en este orden de cosas:

“Las disposiciones que ha de refundir el Gobierno en uso de la autorización que le confiere la disposición final primera de esta ley –hay que entender por ello el TRRL al que ya nos hemos referido en el punto anterior y los reglamentos que indicamos seguidamente– constituyen la legislación del Estado transitoriamente aplicable en los términos de los diferentes apartados de su artículo 5 –hoy derogado–, teniendo, en consecuencia, según los diversos supuestos en él contemplados, el carácter de normativa estatal básica o, en su caso, supletoria, de la que puedan ir aprobando las comunidades autónomas.”

En este sentido, la disposición final primera, párrafo segundo, de la LRL autorizó al Gobierno central para actualizar y acomodar a lo dispuesto en la misma todas las normas reglamentarias que continúen vigentes y, en particular, se han aprobado el Reglamento de población y demarcación territorial, por el Real decreto 1690/1986, de 11 de julio; el Reglamento de bienes de las entidades locales, por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio, y el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

Quedan por actualizar –una vez derogado el Reglamento de contratación de las corporaciones locales, de 9 de enero de 1953, en virtud de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas– el Reglamento de funcionarios de Administración local, aprobado por el Decreto de 30 de mayo de 1952, y el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955.

La labor del Gobierno consistente en depurar las normas estatales, que constituyen en todo caso derecho supletorio del de las comunidades autónomas, como dijimos antes, ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 30, en estos términos:

“Antes bien, con ello el Estado atiende a una exigencia fundamental, que no es otra que la de prevenir un marco normativo general que venga a cubrir no sólo las consecuencias resultantes de los diferentes niveles competenciales existentes en la materia entre unas y otras comunidades, sino también la simple inactividad normativa que, transitoriamente o no, pueda producirse

11. Conviene tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la supletoriedad del derecho estatal –especialmente la STC 61/1997, en materia urbanística, incorporada con el carácter de exclusiva en los estatutos de las comunidades autónomas–, en la que se declara que la supletoriedad no es un título atributivo de competencias y que, en consecuencia, viene a desapoderar al Estado para promulgar nuevo derecho estatal incluso con

el carácter de supletorio, a tenor de que la competencia exclusiva correspondía a las comunidades autónomas, lo que no sucede en materia de régimen local, ya que la exclusividad que pueden asumir las comunidades autónomas lo es sin perjuicio de la competencia del Estado *ex* artículo 149.1.18 de la CE.

en aquellas comunidades autónomas con competencia para desarrollar las normas básicas estatales. Serán pues las normas autonómicas que, ajustándose a las bases estatales, vayan dictándose, las que, en todo caso, desplazarán en su aplicabilidad directa o su eficacia territorial a esas otras normas estatales no básicas dictadas al amparo de la disposición final primera de la LRL [...].”

También conviene matizar que hay preceptos estatales supletorios –imaginemos sobre todo a algunos del título preliminar del ROF– que, por su conexión directa con la normativa básica, se sitúan en una posición prevalente respecto de la normativa de las comunidades autónomas, especialmente cuando se trata de la reproducción de la citada normativa, de forma que quedaría enervada ésta sin la aplicación de dichos preceptos, y atendido el concepto material de bases, aunque la deficiente técnica legislativa consistente en no definir expresamente lo básico puede ser una fuente de conflictos sin lugar a dudas.

1.1.3. La asunción estatutaria del régimen local por las comunidades autónomas

Según lo dispuesto por la disposición adicional 1 de la LRL, cuando las comunidades autónomas no han asumido con carácter exclusivo el régimen local estatutariamente –entendido ello sin perjuicio de las competencias del Estado– y se han limitado a lo previsto en el artículo 148.1.2 de la CE:

“Las competencias legislativas o de desarrollo de la legislación del Estado sobre el régimen local asumidas, según lo dispuesto en sus respectivos estatutos, se ejercerán, por las comunidades autónomas –algunas de las que enumera esta disposición ya han modificado su texto estatutario y han ampliado sus competencias–, en el marco de lo establecido en el artículo 13 –creación y supresión de municipios y alteración de términos– y en el título IV de esta ley –comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, entidades de ámbito territorial inferior al municipio–, así como, si procediere, en los términos y con el alcance previstos en los artículos 20.2 –organización municipal complementaria–, 32.2 –organización provincial complementaria–, 29 –concejo abierto– y 30 –régimen municipales especiales– de la misma.”

Procede, por tanto, comprobar cómo se ha reflejado en los estatutos de autonomía la materia de régimen local, advirtiendo, no obstante, que puede haber otros preceptos que también hagan referencia indirectamente a las entidades locales y que se recoge en la actual redacción tras las modificaciones estatutarias que han tenido lugar hasta la fecha.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, según declara el Tribunal Constitucional en la STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8, el título competencial en materia de régi-

men local que figura en los estatutos de autonomía tiene carácter globalizador y comprende el conjunto de aspectos referidos a la Administración local, que incluye, por ejemplo, a su función pública:

“[...] existe un obstáculo insalvable para que los mismos –se refiere a los artículos del TRRL– puedan operar como canon de control de constitucionalidad de los preceptos cuestionados de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalitat. En efecto, en modo alguno puede obviarse que la citada ley ha sido aprobada en el ejercicio de la competencia que a la comunidad autónoma le corresponde *ex artículo 10.1.1 del EAC* en materia de régimen estatutario de sus funcionarios, no al amparo de la competencia que el artículo 9.8 del EAC le atribuye en materia de régimen local, título competencial, como hemos dicho, de carácter globalizador, comprensivo de la totalidad de los aspectos que se refieren a la Administración local (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4), incluida, por lo tanto, su función pública. Así lo ponen de manifiesto, como en su escrito de alegaciones sostiene los letrados del Consejo Ejecutivo y del Parlamento de Cataluña, de un lado, el objeto de la ley, definido en su artículo 1, que no es otro que la ordenación y la regulación de la función pública de la Administración de la Generalitat y el establecimiento del régimen estatutario de sus funcionarios y del régimen aplicable al personal restante, y, de otro lado, la delimitación de su ámbito de aplicación, del que quedan expresamente excluidos, entre otros y en lo que aquí interesa, el personal al servicio de las corporaciones locales radicadas en el territorio de Cataluña [artículo 2.3 b)].

“El distinto ámbito material de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio –función pública de la Administración de la Generalitat–, y de los ya reiteradamente mencionados preceptos del Texto refundido del régimen local de 1986 –función pública local–, aunque no excluye la relevancia de la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley catalana para determinar la de los equivalentes del Decreto de la Generalitat 214/1990, de 30 de julio, como pusimos de manifiesto en el FJ 2, impide, sin embargo, la consideración de los preceptos de la LRL de 1986 como parámetro de control de los cuestionados de la Ley catalana 17/1985. Pues es evidente que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 10.1.1 del EAC en materia de régimen estatutario de sus funcionarios, la comunidad autónoma se encuentra sometida a las bases que dicte el Estado en relación con el régimen estatutario de los funcionarios de todas las administraciones públicas, pero no a las que, en el ejercicio de esa competencia estatal, resulten o puedan resultar específicas respecto a la función pública local, las cuales únicamente podrán delimitar la competencia de desarrollo legis-

lativo que, en materia de función pública local, corresponde a la comunidad autónoma *ex* artículo 9.8 del EAC. En otras palabras, el contraste entre los preceptos del texto refundido del régimen local de 1986 propuestos como parámetros de control por el órgano judicial proponente y los preceptos cuestionados de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, en ningún caso podrá conllevar la declaración de inconstitucionalidad de estos últimos, al encontrar su respaldo en la competencia atribuida por el Estatuto de autonomía de Cataluña a la comunidad autónoma sobre régimen estatutario de sus funcionarios, la cual no se encuentra limitada por las bases de la función pública local.”

Seguidamente se repasan los diferentes estatutos de autonomía y el alcance de la asunción en los mismos del régimen local:

–*Andalucía*. El artículo 13.3 del Estatuto de autonomía, aprobado por la Ley orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva sobre régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.18 de la Constitución.

–*Aragón*. El Estatuto de autonomía de Aragón, aprobado por la Ley orgánica 8/1982, de 10 de agosto, determina en el artículo 35.2 y 3 que corresponde a esta comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de régimen local y el régimen estatutario de los funcionarios de su Administración local, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución.

–*Asturias*. Según el artículo 10.2 del Estatuto de autonomía del Principado de Asturias, aprobado por la Ley orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, asume el Principado la competencia exclusiva en alteración de los términos y las denominaciones de los concejos comprendidos en su territorio, así como la creación de organizaciones de ámbito inferior y superior a los mismos, y de conformidad con el artículo 11.10 corresponde a esta comunidad autónoma, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de régimen local.

–*Baleares*. El artículo 10.2 del Estatuto de autonomía de las Islas Baleares, aprobado por la Ley orgánica 2/1983, de 25 de febrero, atribuye a esta comunidad autónoma la competencia exclusiva respecto de la alteración de los términos municipales y la denominación oficial de los municipios y los topónimos, y, en el artículo 11.2, el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de régimen local.

–*Canarias*. El artículo 30.3 del Estatuto de autonomía de las Islas Canarias, aprobado por la Ley orgánica 10/1982, de 10 de agosto, atribuye la competencia exclusiva de esta comunidad autónoma sobre demarcaciones territoriales, alteración de términos municipales y denominación oficial de municipios, y, en el artículo 32.4, la

competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de régimen local.

–*Cantabria*. El Estatuto de autonomía de Cantabria, aprobado por la Ley orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, contempla en el artículo 25.2 que le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución sobre el régimen local.

–*Castilla-La Mancha*. El artículo 32.1 del Estatuto de autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por la Ley orgánica 9/1982, de 10 de agosto, atribuye a esta comunidad autónoma la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de régimen local.

–*Castilla y León*. El artículo 34.3 del Estatuto de autonomía de Castilla y León, aprobado por la Ley orgánica 4/1983, de 25 de febrero, atribuye a esta comunidad autónoma la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución sobre régimen local.

–*Cataluña*. La Generalitat, según el artículo 9.8 del Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, tiene la competencia exclusiva, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.18. de la CE, sobre régimen local.

–*Extremadura*. Según el artículo 8.1 del Estatuto de autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aprobado por la Ley orgánica 1/1983, de 25 de febrero, tiene la competencia de desarrollo legislativo y ejecución del régimen local y del régimen estatutario de los funcionarios de la Administración local.

–*Galicia*. El Estatuto de autonomía de Galicia, aprobado por la Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril, recoge en el artículo 27.2, entre otras, la competencia exclusiva respecto de la organización y el régimen jurídico de las comarcas y las parroquias rurales como entidades locales propias de Galicia, y, en general, las funciones que sobre el régimen local correspondan conforme al artículo 149.1.18 de la CE y su desarrollo.

–*Madrid*. El Estatuto de autonomía de Madrid, aprobado por la Ley orgánica 3/1983, de 25 de febrero, le atribuye en el artículo 27.1 el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución en materia de régimen local.

–*Murcia*. El artículo 11.9 del Estatuto de autonomía de Murcia, aprobado por la Ley orgánica 4/1982, de 9 de junio, le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución del régimen local.

–*Navarra*. El Estatuto de autonomía de Navarra, aprobado por la Ley orgánica 3/1982, de 10 de agosto, indica en el artículo 46.1 que corresponden a Navarra, en materia de Administración local, las facultades y las competencias que ostenta conforme a lo establecido en la Ley paccionada de 16 de agosto de 1841, en el Real decreto ley paccionado de 4 de noviembre de 1925 y en las disposiciones complementarias, y las que siendo compatibles con las anteriores puedan corresponder a las comunidades autónomas o a las provincias, conforme a la legislación básica del Estado.

–*País Vasco*. El Estatuto de autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, le atribuye en el artículo 10.4 la competencia exclusiva en materia de régimen local y de los funcionarios de Administración local, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18 de la CE.

–*La Rioja*. El artículo 9.8. del Estatuto de autonomía de La Rioja, aprobado por la Ley orgánica 3/1982, de 9 de junio, atribuye a esta comunidad la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de régimen local.

–*Comunidad Valenciana*. El artículo 31.8 del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, determina la competencia exclusiva de esta comunidad sobre régimen local, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la CE.

En conclusión, tras el examen de los textos de los diferentes estatutos de autonomía, podríamos decir que existe un régimen local común y un régimen local especial, sea éste foral o no.

Al mismo tiempo, este régimen local especial autonómico es susceptible de una mayor o menor amplitud, de acuerdo con las competencias atribuidas estatutariamente, en particular atendiendo a si se ha incorporado el régimen local, como venimos indicando, al correspondiente estatuto de autonomía, con el carácter de competencia exclusiva o, en su caso, de desarrollo, o meramente en los términos escuetos y limitados del artículo 148.1.2 de la CE.

1.1.4. Legislación estatal básica-legislación de desarrollo: su análisis en la STC 37/2002, de 14 de febrero

Recientemente, la STC 37/2002, de 14 de febrero –ya citada en este trabajo– ha abordado nuevamente la problemática de la dialéctica existente entre la legislación estatal básica y la legislación de desarrollo autonómica, centrándose, además, entre otras cuestiones, en el carácter supletorio del TRRL –que hemos examinado anteriormente– y en la posición de la legislación preconstitucional respecto de la materia disciplinaria, así como en la diferencia entre la legislación estatal básica y la expresión “condiciones básicas” a que alude el artículo 149.1.1 de la CE, a raíz del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con diversos preceptos de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalitat.

El proceso contencioso-administrativo de origen tuvo por objeto una impugnación directa de una disposición general, el Decreto de la Generalitat de Cataluña

214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales, por considerar que se vulneraba la normativa básica en materia de función pública dictada por el Estado en ejercicio de la competencia que le reserva el artículo 149.1.18 de la CE, destacando la coincidencia entre el contenido de preceptos incluidos en dicho reglamento y los artículos 74.4, 93.n), 97.1.d) y 99 de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalitat, motivada dicha coincidencia por la cláusula de identidad de régimen estatutario entre los funcionarios locales y los funcionarios de la Administración de la Generalitat, establecida en el artículo 307.1 de la Ley de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local.

Se planteaba ante el Tribunal Constitucional el posible vicio de inconstitucionalidad, por infracción del artículo 149.1.18 de la CE, fundamentado en una posible invasión de la competencia que le corresponde al Estado para dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, al no respetar la legislación básica en esta materia, así como por infracción del artículo 149.1.1 de la CE, que atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, al introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas en relación con el régimen disciplinario aplicable en otras partes del territorio del Estado.

Las dudas, por lo que se refiere al artículo 149.1.18 de la CE, se planteaban acerca de la contravención por la normativa catalana del artículo 31 de la LFP, precepto básico que enumera los supuestos de faltas muy graves en materia de función pública, así como del Decreto de 7 de febrero de 1964, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado, y en concreto de los artículos 47, 48 y 49, que regulan la situación de suspensión provisional de funciones durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario; del artículo 87.2, referido al plazo de prescripción de las faltas, y del artículo 91, que contempla las sanciones a imponer y la suspensión provisional del expedientado.

El Tribunal Constitucional dice en el FJ 8 que, de una interpretación conjunta de los preceptos constitucionales y estatutarios, se deduce que al Estado le corresponde el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las administraciones públicas y a la comunidad autónoma –en el caso enjuiciado, Cataluña– el desarrollo legislativo y la ejecución de las bases de dicho régimen estatutario,¹² en lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la comunidad autó-

12. El Tribunal Constitucional nos dice en esta sentencia que el régimen estatutario comprende la normación relativa a la adquisición y la pérdida de

la condición de funcionario; a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones administrativas que en ésta pueden darse;

noma y al servicio de las corporaciones locales radicadas en su ámbito territorial.

Pues bien, respecto de la legislación preconstitucional –en este caso, el citado texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964–, y en cuanto a si es posible inferir o deducir las bases, algo que ya fue admitido en la STC 32/1981, de 28 de julio, estén o no formuladas como tales principios o criterios básicos, el intérprete supremo del texto constitucional declara en el FJ 9:

“Así pues, habiendo procedido el legislador posconstitucional a establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las administraciones públicas, definiendo en cuanto al régimen disciplinario como norma básica común a todos ellos el artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, no cabe atribuir, de conformidad con la doctrina antes expuesta, naturaleza básica a los preceptos de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 referidos al mencionado régimen disciplinario, al no haber sido declarados expresamente como básicos por el legislador estatal posconstitucional, ni poder inferirse dicho carácter de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas posconstitucionales, al no existir dato alguno que permita deducir de manera cierta y clara que el legislador posconstitucional no haya pretendido agotar la regulación de los aspectos que ha estimado básicos de la materia.”

Asimismo, el Tribunal Constitucional no cree que se haya infringido el artículo 149.1.1 de la CE porque este precepto y los artículos 1, 9.2, 14 y 139.1 de la CE no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y los deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, añadiendo que, por lo que se refiere al procedimiento sancionador, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones en el marco estatal, y desde esta base “[...] ha de admitirse que las comunidades autónomas puedan establecer, con fundamento razonable, tipos que difieran de los regulados en las normas básicas, siempre que no las contradigan”.

El Tribunal Constitucional, además, diferencia desde el punto de vista constitucional la legislación básica, las normas básicas o las bases, respecto de la expresión

“condiciones básicas” que se recoge en el artículo 149.1.1 de la CE, declarando:

“Frente al inicial entendimiento del título competencial que al Estado atribuye el artículo 149.1.1 de la CE, su naturaleza y su alcance han sido precisados por el Tribunal Constitucional en la STC 61/1997, de 20 de marzo (FJ 7 y 8), por lo que la referencia a la doctrina constitucional establecida al respecto, reiterada posteriormente en la STC 173/1998, de 23 de julio (FJ 9), resulta insoslayable para determinar cómo ha de articularse esta competencia estatal con las asumidas por las comunidades autónomas en sus respectivos estatutos de autonomía, y, más concretamente, en lo que en este caso interesa, con la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de función pública autonómica y local.

“La expresión ‘condiciones básicas’ no es sinónima de las locuciones ‘legislación básica’, ‘bases’ o ‘normas básicas’, por lo que ‘la competencia *ex* artículo 149.1.1 de la CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo’, de forma que ‘[...] el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y los deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias’ [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 a) y, en el mismo sentido, STC 188/2001, de 24 de septiembre, FJ 4].

“Por lo tanto, el título competencial del artículo 149.1.1 de la CE ‘[...] lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales’ (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9).

“Por su parte, y en cuanto al principio constitucional de igualdad, en el que se halla evidentemente relacionada la competencia estatal antes descrita, la doctrina de este tribunal puede expresarse en los términos del FJ 10 de la STC 37/1987, de 26 de marzo: ‘El principio constitucional de igualdad no impone que todas las comunidades autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la

a los derechos y los deberes y la responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación y la integración de cuerpos,

escalas, etc., y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las administraciones públicas.

capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas comunidades autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 de la CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y los deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales [...].” (En el mismo sentido, STC 227/1988, de 9 de julio, FJ 4; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 7; 186/1993, de 7 de junio, FJ 3; 319/1993, de 27 de octubre, FJ 5; 173/1998, de 23 de julio, FJ 10; 131/2001, de 7 de junio, FJ 4.)

Desde esta premisa, el Tribunal Constitucional no aprecia inconstitucionalidad en que se tipifique como falta muy grave en la legislación autonómica catalana a “[...] causar por negligencia o mala fe daños muy graves en el patrimonio y los bienes de la Generalitat”, rompiendo pues con el *numerus clausus* de la Ley 30/1984”.

De la misma manera, el Tribunal Constitucional declara que no es inconstitucional la previsión de la norma autonómica consistente en que un funcionario pueda ser trasladado cautelarmente de su puesto de trabajo a otro distinto en la misma localidad, o que se prevea una sanción por falta grave, consistente en la pérdida de uno a tres grados personales, así como que para las faltas leves y sus correspondientes sanciones se establezca un plazo de prescripción diferente del previsto en la legislación estatal.

Con esta doctrina, por lo tanto, el Tribunal Constitucional viene a modular las relaciones competenciales que se producen entre el Estado y las comunidades autónomas y a arrojar luz en una materia que resulta difícil de precisar con detalle apriorísticamente.

1.2. Los tratados internacionales como fuente del derecho interno

Nuestra Constitución prevé en el artículo 96 –y en iguales términos el artículo 1.6 del Código civil– que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma

prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas del derecho internacional.

Incluso, en el artículo 93 de la CE se contempla que, mediante ley orgánica, se puede autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o una institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, que da origen a un verdadero derecho supranacional, con una evidente cesión de soberanía, del que es su más claro exponente la adhesión española a las comunidades europeas, con unas fuentes específicas que nacen del propio Tratado de la Comunidad Europea y que en el denominado derecho derivado se concretan en los reglamentos, las directivas y las decisiones, junto con los principios generales del derecho. El Tribunal Constitucional ha declarado en la Sentencia 141/1993 que el hecho de que las directivas comunitarias sean de obligado cumplimiento para todas las autoridades centrales y descentralizadas de los estados miembros lo es por su propia fuerza normativa y no por su traslación al derecho interno como normas básicas.

Se produce de este modo, con la adhesión de España a la Unión Europea,¹³ el efecto de que este derecho comunitario pasa a formar parte de nuestro derecho interno, siendo inmediatamente aplicable –caso típico del reglamento, salvo que esta norma remita a las normas de desarrollo de los estados miembros– y goza de primacía sobre cualquier otra norma nacional, cuyo efecto directo, en el caso de las directivas y las decisiones es excepcional, por requerir en el común de las veces la adecuada transposición, salvo que las autoridades comunitarias hubieran obligado por medio de una directiva a los estados miembros a adoptar un determinado comportamiento.

1.2.1. La Carta Europea de la Autonomía Local

Particularmente, hay que destacar entre los tratados internacionales que presentan una clara incidencia en el régimen local español a la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por España –previa la autorización de las Cortes Generales prevista en el artículo 94.1 de la CE– el 20 de enero de 1988 (BOE 47, de 24 de febrero de 1989), con la declaración hecha por el Reino de España en el sentido de que esta Carta se aplicará en todo el territorio del Estado respecto de las colectividades contempladas en la legislación española de régimen local y las previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución, es decir, los municipios, las provincias y las islas.

La Carta –que pivota en torno a dos cuestiones, es decir, el aspecto clave y definitorio de las entidades

13. Véase sobre este particular a MOLINA DEL POZO, C. F. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, pp. 1305 y ss. Dijusa, 4.ª ed., Madrid, 2002.

locales, como es su carácter democrático y el principio de subsidiariedad o proximidad– tiene una extensión reducida, constando de un preámbulo, que expresa el significado de esta norma, y diecisiete artículos.

Existe la reserva española a la Carta, en el sentido de que –tal como se puntualiza expresamente por el Estado español– únicamente no se considera vinculado nuestro país por el apartado 2 del artículo 3 de esta Carta Europea en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica –piénsese en la elección de segundo grado para la elección de diputados provinciales– en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma.

La Carta Europea de la Autonomía Local, elaborada en el marco del Consejo de Europa, tras su publicación en el BOE, se ha insertado por lo tanto en nuestro derecho interno, entrando en vigor el 1 de marzo de 1989, y, mientras esté en vigor y no haya sido denunciada en los términos del artículo 17, se sitúa en un plano preferente en relación con cualquier otra norma anterior o posterior, incluida la LRL, aunque por supuesto puede ser igualmente enjuiciable por el Tribunal Constitucional, ya que debe ajustarse a la Constitución, pues, en otro caso, como dispone el artículo 95 de la CE, la celebración de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Carta Magna exigirá la previa revisión constitucional, estando previsto también en dicho precepto que el Gobierno o cualquiera de las cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

Como se ha destacado por Rodríguez Álvarez,¹⁴ “[...] la Carta Europea de la Autonomía Local constituye un singular convenio internacional; con una trascendencia jurídica y política creciente, fruto de su decidida vocación de convertirse en la verdadera ‘Constitución’ de la autonomía local en el continente europeo”.

A su vez, Rodríguez-Arana¹⁵ defiende que:

“[...] lo que la Carta nos viene a decir, y así lo sostiene en su artículo 3, es que las entidades locales ordenan y gestionan los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes, y que sus órganos de gobierno son directamente representativos de dichos ciudadanos. Y ello viene a suponer el ejercicio de la potestad reglamentaria y de resoluciones administrativas, en la asunción de competencias propias sobre una parte importante de los asuntos públicos y en la financiación suficiente para ejercerlos.”

En definitiva, estamos ante una norma que, en general, no ha sido resaltada suficientemente y que está lla-

mada a desempeñar un papel mayor en el futuro, en la medida en que la doctrina científica y la jurisprudencia la vayan aplicando, debiendo saludarse la corriente europeísta que la preside, y que está sirviendo de base a otros movimientos como el que se manifiesta en la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, adoptada en la ciudad francesa de Saint Denis el 18 de mayo de 2000.

2. El complejo sistema de fuentes de la Administración local

La normativa básica estatal sobre régimen local no se agota, sin embargo, con la LRL, con los preceptos básicos del TRRL o con los tratados internacionales, sino que habría que entender comprendidas en ella otras normas, como pueden ser la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general (en adelante, LOREG); la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (en adelante, LHL); el Real decreto legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

Asimismo, habría que tener en cuenta los preceptos básicos de la ya citada LFP, la normativa sobre funcionarios con habilitación de carácter nacional, los preceptos básicos contenidos en el Real decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se dictan reglas básicas y programas mínimos del procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local, etc., a todo lo cual habría que añadir la legislación sectorial estatal –que contiene preceptos básicos–, en la que se pueden determinar competencias locales, como sucede, a título de mero ejemplo, con la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, o con la reciente Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

De todo cuanto llevamos dicho hasta aquí se puede sostener, pues, sin temor a equivocarse que la determinación del sistema de fuentes de las corporaciones locales es una operación que presenta una gran complejidad en el régimen local español y que no siempre se resuelve satisfactoriamente.

En cualquier caso, habrá que tener presente que las bases constituyen un límite para el legislador estatal y para los legisladores autonómicos; para el primero porque la fijación de las condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales del Estado, sino que debe permitir opciones diversas –STC

14. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. M. *La reforma del régimen local de 1999. Las medidas legislativas estatales en el marco del Pacto Local*, p. 79. Bayer Hnos., Barcelona, 1999.

15. RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Estudios de Derecho Local*, pp. 61-62. Ed. Montecorvo, Madrid, 1997.

32/1981, de 28 de julio-; y, para los segundos, porque constituyen un límite dentro del cual tienen que moverse en el ejercicio de sus competencias, según se sostiene en la STC 25/1983, de 7 de abril, tras señalar que por principios, bases o directrices hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes a todo el Estado, idea que, en sentido negativo: “[...] constituye un límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias”.

Incluso así, los problemas no se agotan con lo ya indicado, sino que también deben considerarse las delegaciones que se efectúen respecto del ejercicio de competencias de las comunidades autónomas a las diputaciones provinciales, así como la encomienda a éstas de la gestión ordinaria de servicios propios en los términos previstos en el correspondiente estatuto de autonomía, supuesto en el cual las diputaciones actúan con sujeción plena a las instrucciones generales y particulares de la Administración autonómica, como así indica el artículo 37.1 de la LRL. Este mismo precepto sigue diciendo que el Estado, previa consulta e informe de la comunidad autónoma, puede delegar en las diputaciones provinciales competencias de mera ejecución cuando el ámbito provincial sea más idóneo para la prestación de los correspondientes servicios. El ejercicio de las facultades delegadas se acomodará a lo previsto en el artículo 27 de la LRL.

Como indica el artículo 27 –referido a las delegaciones del Estado, de las comunidades autónomas y de otras entidades locales en los municipios–, la disposición o el acuerdo de delegación –que requiere la aceptación, salvo que se impongan obligatoriamente por ley, con el quórum de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, según dispone el artículo 47.3.c) de la LRL– debe determinar el alcance, el contenido, las condiciones y la duración de éstas así como el control que se reserve la Administración delegante, los medios personales, materiales y económicos que ésta transfiera, que puede recabar información, formular requerimientos y revocar la delegación en caso de inobservancia de éstos.

En la delegación, los actos del ente local podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante. Las competencias delegadas, por último, se ejercen con arreglo a la legislación del Estado o la de las comunidades autónomas o, en su caso, por la reglamentación aprobada por la entidad local delegante.

En estos casos de delegación, siguiendo a Baño León:¹⁶

“Las competencias delegadas atribuidas en la terminología de la LBRL, no sitúan, empero, al municipio como un órgano de la Administración delegante. El artículo 7.3 de la LBRL cuida de advertir que la entidad local conserva la potestad de autoorganización de los servicios. Lo cual indica que se mantiene un mínimo de competencia en el ejercicio de estas competencias.”

Este régimen de delegaciones, como se puede apreciar a simple vista, está pensado en unas delegaciones de carácter descendente desde el Estado y las comunidades autónomas hacia el municipio –sin perjuicio de las delegaciones entre otras entidades locales y el propio municipio–, y no de carácter ascendente. Sin embargo, la LHL¹⁷ cambia este diseño para abrir las delegaciones desde el municipio hacia la comunidad autónoma o hacia otras entidades locales las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación tributarias que la citada ley les atribuye; lo que no tiene fácil ajuste con las previsiones contrarias de la Carta Europea de la Autonomía Local, es decir, los principios de proximidad y de subsidiariedad.

En algunas comunidades autónomas, se está incumpliendo el diseño de la legislación estatal de carácter básico y de la propia Carta Europea de la Autonomía Local, y se plantea la delegación desde el municipio hacia la comarca, como es el caso de Aragón, según se prevé en la disposición adicional 7 de la Ley 23/2001, de 26 de diciembre, de medidas de comarcalización, que indica que procederá dicha delegación ascendente en aquellos supuestos en que los municipios se vean incapacitados para prestar un determinado servicio y en el marco de la dispensa de cumplimiento que pueda otorgar la Administración de dicha comunidad autónoma. A nuestro juicio, este planteamiento tiene serias dudas de constitucionalidad.

Pues bien, con títulos constitucionales y estatutarios diversos, el Estado y las comunidades autónomas –sin perjuicio de que analicemos las fuentes autónomas del derecho local más adelante– intervienen en una evidente tensión internormativa respecto del sistema de fuentes. La propia Exposición de motivos de la LRL advierte que la autonomía local, por lo que hace a las competencias de las entidades que la integran, “[...] busca fundamentar aquélla en el equilibrio dinámico propio de un sistema de distribución del poder, tratando de articular los intereses del conjunto, reconociendo a cada uno lo suyo y estableciendo las competencias, los principios, los criterios y las directrices que guían la aplicación práctica de la norma en su conjunto de forma abierta a la realidad y a las necesidades del presente”.

16. BAÑO LEÓN, J. M.^a. “La ordenación de las normas reguladoras del régimen local”, *op. cit.*, p. 360.

17. La normativa aragonesa en materia de comarcalización, frente a lo que la LRL establece respecto del régimen general de las delegaciones, también

de una manera sorprendente se refiere a las delegaciones de competencias de los municipios en las comarcas, como prevé la disposición adicional séptima de la Ley 23/2001, de 26 de diciembre, de medidas de comarcalización.

El derecho a intervenir que se reconoce a las entidades locales en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, según reza el artículo 2 de la LRL, en una concepción teórica de las competencias de las corporaciones locales, que renuncia a predeterminarlas y proclama en cambio ese genérico derecho de intervención, se ha visto en buena medida enmendado por la Carta Europea de la Autonomía Local, cuando en el artículo 4.4 se dispone:

“Las competencias encomendadas a las entidades locales ‘deben ser normalmente plenas y completas’. No pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la ley.”

2.1. La previsión inicial del artículo 5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local

El artículo 5 de la LRL en la primitiva redacción declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, disponía:

“Las entidades locales se rigen en primer término por la presente ley y además:

“a) En cuanto a su régimen organizativo y de funcionamiento de sus órganos, por las Leyes de las comunidades autónomas sobre régimen local y por el reglamento orgánico propio de cada entidad en los términos previstos en esta ley.

“b) En cuanto al régimen sustantivo de las funciones y los servicios: 1.) por la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas, según la distribución constitucional de competencias; 2.) por las ordenanzas de cada entidad.

“c) En cuanto al régimen estatutario de sus funcionarios, procedimiento administrativo, contratos, concesiones y demás formas de prestación de los servicios públicos, expropiación y responsabilidad patrimonial: 1.) por la legislación del Estado y, en su caso, la de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución; 2.) por las ordenanzas de cada entidad.

“d) En cuanto al régimen de sus bienes: 1.) por la legislación básica del Estado que desarrolle el artículo 132 de la Constitución; 2.) por la legislación de las comunidades autónomas; 3.) por las ordenanzas propias de cada entidad.

“e) En cuanto a las haciendas locales: 1.) por la legislación general tributaria del Estado y la reguladora de las haciendas de las entidades locales, de las que será supletoria la Ley general presupuestaria; 2.) por las leyes de las comunidades autónomas en el marco y de conformidad con la legislación a que se refiere el apartado

anterior; 3.) por las ordenanzas fiscales que dicte la correspondiente entidad local, de acuerdo con lo previsto en esta ley y en las leyes mencionadas en los apartados 1.) y 2.).”

Dentro de la doctrina administrativista, autores como Sosa Wagner¹⁸ habían calificado el cuadro de fuentes previsto en este precepto como “la linterna que nos va a proporcionar luz en el intrincado magma de normas que afectan a la Administración local”, aunque lo cierto es que el Tribunal Constitucional no consideró necesario, según veremos, que existiera dicha “linterna” clarificadora y vino a echar por tierra el esfuerzo del legislador que supuso en ese sentido este artículo 5.

Morell Ocaña,¹⁹ respecto del planteamiento analítico que se contenía en el artículo 5, indica que la LRL distinguía tres sectores de regulación:

“1.) régimen organizativo y de funcionamiento de los órganos de las entidades locales; 2.) dentro del anterior, separa lo relativo a los órganos complementarios, que puedan crearse junto a los de gobierno o básicos; 3.) procedimientos y formas de actuación frente a terceros (contratos, concesiones y demás formas de prestación de los servicios públicos, expropiación) y responsabilidad patrimonial. En el primero de estos sectores, se cumple el esquema legislación básica estatal-legislación comunitaria de desarrollo [...]. Sólo, pues, en la medida en que las entidades locales se integran en la organización territorial de la comunidad podrían sus competencias normativas afectar a las entidades locales: pero no en su dimensión sustancial sino tan sólo y en la medida en que asuman funciones comunitarias. [...] El tercero de los contenidos distinguidos en este ámbito normativo es el relativo al régimen de la actividad local (procedimiento, vinculaciones con terceros, responsabilidad). En el mismo, la LRL remite a la ‘legislación del Estado y, en su caso, la de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución’. Por supuesto, para que éstas promulguen una normativa especial, sobre estos puntos, para las entidades locales, han de contar con competencia exclusiva o de desarrollo legislativo sobre el régimen local.”

Hemos evitado reproducir, sin embargo, los comentarios de este autor sobre el sector correspondiente a los órganos complementarios, porque se analizará con detalle este aspecto en un apartado específico, dado que fue objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional, sufriendo un giro radical en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, y requiere, por ello, que nos detengamos en él con mayor profundidad.

En cualquier caso, el régimen de fuentes que contemplaba el artículo 5 de la LRL partía de la eficacia inme-

18. SOSA WAGNER, F. “Los principios del nuevo régimen local”, en *Tratado de Derecho Municipal*, p. 104. Dirigido por Muñoz Machado, S., Civitas, Madrid, 1988.

19. MORELL OCAÑA, L. *El régimen local español*, p. 158. Civitas, Madrid, 1988.

diata de sus previsiones, “las entidades locales se rigen en primer término por la presente ley y además [...]”. Estamos, pues, ante una norma directamente aplicable y no precisada de intermediación, como declara el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de enero de 1990 (Aranzadi 561/1990):

“[...] la citada ley –se refiere a la LRL– no es un texto básico precisado de ulterior desarrollo articulado, sino la fijación de los límites dentro de los cuales las comunidades autónomas pueden hacer sus regulaciones particulares, pero en la inteligencia de que sus normas son directamente aplicables, tanto a los administrados cuanto a las corporaciones que integran la denominada Administración local.”

Ballesteros Fernández,²⁰ sobre este mismo particular, manifiesta que la LRL es:

“[...] la primera norma reguladora del régimen local. A partir de ella (es decir, sin poder vulnerar ese contenido esencial) las comunidades autónomas podrán establecer su propio modelo de régimen local. Pero ello, sólo será posible por parte de las comunidades autónomas que, en sus estatutos, tengan asumida competencia plena en materia de Administración local”.

A pesar de que el artículo 5 pretendía agotar el orden de prelación de fuentes de los diferentes aspectos que conforman el régimen local, lo que es cierto también es que en la propia LRL encontramos algunos de la mayor importancia, que no fueron recogidos en dicho precepto, como sucede por ejemplo con la remisión a la legislación electoral general, que se hace en el artículo 19 de la propia LRL, respecto de la elección de los concejales y del alcalde.

Por otra parte, la estructura analítica que se recoge en el citado precepto será objeto de estudio en este trabajo cuando se aborden los apartados que en ella se contiene, dado que la expulsión del artículo 5 de nuestro ordenamiento no le priva, ello no obstante, de seguir desplegando efectos, como señala Velasco Murias:²¹

“Esta anulación puramente formal, quizá, no prive al precepto de toda sustantividad, por cuanto el Tribunal Constitucional no lo ha rechazado por ser contrario a la Constitución, sino por no pertenecer su formulación al campo de la competencia estatal en una ley básica. Prueba de ello es que admite teóricamente que la interpretación del artículo 5 coincida con el criterio constitucional [...]”.

2.1.1. La inconstitucionalidad de la norma interpretativa del sistema de fuentes de las entidades locales: la STC 214/1989, de 21 de diciembre

Capítulo aparte merecía, en efecto, el análisis de la STC

214/1989, de 21 de diciembre, que supone dejar huérfano al régimen local español de un sistema interpretativo predeterminado de su sistema de fuentes en la ley de cabecera del régimen local español.

El profesor Sosa Wagner,²² cuando analiza detalladamente el sentido y las consecuencias de esta sentencia, sostiene lo siguiente:

“[...] todo el esfuerzo que la LRL llevó a cabo para introducir orden allí donde existía el peligro cierto de la confusión es desbaratado por el TC [...]. Los argumentos del tribunal pecan, a mi juicio, de sutileza, entendida ésta, de acuerdo con el diccionario, como ‘dicho o concepto excesivamente agudo y falto de verdad, profundidad o exactitud’ [...]. De otro lado, no es la primera vez que el TC desautoriza las normas que ha dado en llamar ‘meramente interpretativas’ [...] a las que ha calificado de inconstitucionales y, por ello, como nulas desatendiendo el hecho de que el legislador (sea estatal o autonómico) ha de actuar de acuerdo con una determinada comprensión del bloque de la constitucionalidad (lo cual es interpretación y lícita y aun obligada interpretación) que puede hacer explícita y que sólo sería inconstitucional en la medida en que la misma infringiera realmente el orden constitucional. Decir que una norma es inconstitucional porque es meramente interpretativa, sin contenido material alguno, resulta sorprendente a menos que el tribunal guste de cultivar la paradoja, porque ¿es que parece poco contenido material la interpretación misma?, ¿no es la interpretación un contenido material tan distinguido como cualquier otro? Pero hay más: contrariamente a lo que dice el TC, el legislador estatal de la LRL no impone a los demás como única interpretación posible la suya, sino que se limita a consignarla y, si ésta incurre en algún exceso, ya se encargará el juez constitucional de rectificar. Por ello, a mi entender, el tribunal debió de haber entrado en una valoración de fondo del precepto para comprobar si el orden de prelación de fuentes en él consignado era, en sí mismo, respetuoso o no con el sistema de distribución de competencias y no limitarse a viaticarlo declarando sacramentalmente su falta de contenido material [...] se ha sacrificado el riguroso esfuerzo de clarificación intentado por la LRL sin que se sepa muy bien quién ha ganado con tal modo de proceder pues las alegaciones de los recurrentes (y las futuras alegaciones de futuros recurrentes) hubieran quedado mejor atendidas si el tribunal hubiera entrado en el análisis de fondo de la corrección del precepto.”

El papel de este artículo 5, hoy desaparecido de nuestro derecho local –que resurge con nuevo contenido en el marco de la reforma del Pacto Local–, desaparición que ha sido criticada por la práctica unanimidad de la

20. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. *Manual de Administración local*, p. 6. Comares, 4.ª ed., Granada.

21. VELASCO MURIAS, L. F. “La organización, el funcionamiento y el régimen

jurídico de las entidades locales. Estado de la cuestión en la actualidad”, p. 13., en CUNAL, número extraordinario, julio de 2002.

22. SOSA WAGNER, F. *Manual de derecho local*, op. cit., pp. 45-47.

doctrina administrativista; ya que en él se había llevado a cabo un esfuerzo por clarificar el complicado sistema del fuentes de nuestro régimen local, no ha quedado invalidado como ya se adelantó anteriormente, a pesar de la citada STC 214/1989, de 21 de diciembre, precisamente con base en los argumentos esgrimidos en la misma por el propio Tribunal Constitucional, que seguidamente reproducimos.

En concreto, el Tribunal Constitucional, en el FJ 5 de esta sentencia, declara lo siguiente:

“El precepto impugnado establece el orden de prelación de normas aplicables a las distintas materias que conciernen a la Administración local, situando en primer lugar los contenidos en la propia ley, que tiene así efectivamente una pretensión de superioridad ordinal, que se hace explícita en su exposición de motivos. En cuanto que enumera las normas aplicables en una materia en la que la competencia legislativa está dividida entre el Estado y las comunidades autónomas, el precepto ha de ser entendido, en consecuencia, como una norma interpretativa de lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad respecto de esta materia. Es esta naturaleza de norma meramente interpretativa, sin contenido material alguno, la que hace al precepto constitucionalmente ilegítimo. El orden de fuentes en un ordenamiento compuesto es el establecido por el bloque de la constitucionalidad, sin que uno de los elementos de esta realidad compuesta, en este caso el legislador estatal, pueda imponer a todos los demás, como única interpretación posible, la que él mismo hace. Es cierto que al usar de sus facultades legislativas sobre las materias de su competencia, tanto el Estado como las comunidades autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento del bloque de la constitucionalidad. Tal entendimiento, que puede ser también denominado, si se quiere, interpretación, se produce entonces, sin embargo, en conexión con una materia determinada, no como criterio abstracto de interpretación, y podrá ser siempre corregido por este Tribunal a través de las oportunas vías procesales.

“No es éste, sin embargo, como es obvio, el contenido del precepto que ahora analizamos. Prescindiendo de la afirmación preliminar de la prioridad absoluta de la propia LRL que naturalmente existirá en la medida en la que sus preceptos puedan apoyarse en los títulos competenciales que el Estado ostenta, el resto de los párrafos que el artículo 5 contiene establecen, como queda dicho, un orden de prelación de fuentes que será correcto en la medida en que coincida con lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad e incorrecto en cuanto se aparte de él. En cuanto tal coincidencia exista, el precepto es en consecuencia superfluo y en cuanto

no exista, inválido. Su anulación no origina por tanto vacío normativo alguno [...] todas las remisiones al artículo 5 han de considerarse eliminadas al haber sido anulado su término de referencia, sin que, dadas las razones que nos han llevado a tal anulación, la supresión de la referencia concreta tenga otro sentido que el puramente formal y que, en consecuencia, la legislación aplicable haya de ser la que efectivamente resulte de la normativa vigente con independencia de que se encuentre o no mencionada en el precepto suprimido.”

2.2. Las fuentes sobre organización, funcionamiento y régimen jurídico

Si recordamos, aunque sea a efectos meramente indicativos, lo que decía el artículo 5 de la LRL, las entidades locales se rigen en primer término por la citada norma básica –ya que se considera, como apunta Sosa Wagner,²³ que la LRL: “[...] es, ante todo, una ley de organización y funcionamiento de las entidades locales”–, y en cuanto al régimen organizativo y de funcionamiento de sus órganos, además, por las leyes de las comunidades autónomas sobre régimen local y por el reglamento orgánico propio de cada entidad en los términos previstos en esta ley.

Sin perjuicio de ocuparnos más extensamente del reglamento orgánico, en el marco de las fuentes autónomas –y de que analicemos con detalle el núcleo esencial de la organización representativa de los miembros de las corporaciones locales–, puede ser interesante intentar precisar de antemano el orden de prelación de fuentes en materia de organización, funcionamiento y régimen jurídico. A este respecto, Velasco Murias²⁴ fija el siguiente cuadro normativo en esta materia:

“1.) Normativa estatal de carácter básico sobre régimen local (Ley 7/1985 y preceptos básicos del Texto refundido de 1986. 2.) Leyes de las comunidades autónomas sobre régimen local. 3.) Reglamento orgánico de cada entidad en las materias de organización complementaria. 4.) Normativa reglamentaria de las comunidades autónomas sobre órganos complementarios dictada en desarrollo de las leyes autonómicas. 5.) Legislación estatal no básica (texto refundido). 6.) Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales como derecho supletorio en tanto no reproduzca preceptos de carácter básico.”

Sin embargo, a nuestro juicio, el cuadro precedente –hecha abstracción del texto constitucional, que naturalmente ha de figurar en todo caso en la cúspide normativa– se olvida en primer lugar de la Carta Europea de la Autonomía Local, cuyo ámbito afecta a munici-

23. SOSA WAGNER, F. *Manual de Derecho Local*, Aranzadi, 6.ª ed., Navarra, 2001, p. 44.

24. *Op. cit.*, p. 27.

prios y provincias, y, dentro de la normativa estatal de carácter básico, referida a la materia organizativa, también omite la incidencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LPC), que, por ejemplo, y al margen de los aspectos procedimentales, afecta, *ex* disposición adicional 1, a los órganos complementarios de las entidades locales que no son el Pleno o la Comisión de Gobierno.

Asimismo, también se echa en falta entre esta legislación estatal comprendida en ese cuadro –situada en un plano normativo que se aplicaría preferentemente–, a la que se contiene en los preceptos de los títulos III, IV y V de la LOREG,²⁵ que abordan el derecho de sufragio activo y pasivo, las causas de incompatibilidad, el sistema electoral, la convocatoria, el procedimiento electoral, los gastos y las subvenciones, el mandato y la constitución de las corporaciones locales, la elección del alcalde, la moción de censura y la cuestión de confianza.

Las comunidades autónomas tienen un ámbito de desarrollo, especialmente por lo que se refiere a las entidades locales que no tienen la garantía institucional de la autonomía local, y se insertan en el ámbito intraautonómico, es decir, las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio, las mancomunidades, las comarcas, las áreas metropolitanas, los consorcios...

Por su parte, en el escalón segundo, el mencionado cuadro se refiere sólo a las leyes de las comunidades autónomas sobre régimen local, cuando también debían incluirse las leyes electorales de las comunidades autónomas que, en su caso, aprobasen dichas comunidades, para las entidades que hemos venido en llamar intraautonómicas.

Llegados a este punto, la crítica mayor que cabe hacer, no obstante, al régimen de fuentes sobre organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales es la que gira en torno a la problemática que se genera respecto de la posición ordinamental del ROF²⁶ en nuestro derecho local, ya que junto a la existencia de preceptos del mismo que son repetición de normas básicas –contenidos por ejemplo en el título prelimi-

nar–, y que por ello ni añaden ni quitan nada, existen otros en los que el Estado ha dado una clara muestra de inhibición y de falta de ejercicio de sus competencias, como sucede, por ejemplo, con el título III, sobre funcionamiento de los órganos necesarios, y con el título VI, sobre procedimiento y régimen jurídico.

En estos casos –y cuando los preceptos son un complemento imprescindible de la normativa básica–, la materia objeto de regulación exigiría que el Estado determinase expresamente su carácter básico, ya que lo es conforme a su naturaleza, aunque también sabemos que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional –STC 385/1993, de 23 de diciembre–, ello no es suficiente, sino que el Estado debe disponer expresamente dicho carácter básico en la legislación vigente.

Puede sostenerse, pues, que resulta absolutamente insatisfactoria desde esta perspectiva la regulación del ROF sobre aspectos procedimentales, que por eso mismo debería ser objeto de depuración, indicando qué artículos tienen carácter básico, y mejorando el contenido de muchos de ellos. Baste, como ejemplo, la regulación del uso de la lengua en los procedimientos locales (artículos 86, 101 y 210), en los órdenes del día, los dictámenes, las propuestas, los debates, las actas, etc., en los que, tras la sorprendente corrección de errores publicada a los pocos días de haberse publicado el ROF, se dio un giro radical en esta materia, dejando a la lengua castellana en una clara situación de reliquia histórica, frente a las otras lenguas cooficiales, que, sobre todo, pone en cuestión el derecho a no sufrir la indefensión que proclama nuestra Constitución y que demanda del Estado una rectificación, en el sentido de que figuren en todo caso en la lengua castellana todas estas actuaciones, sin perjuicio de que, si así lo decide la corporación, también se redactasen en la lengua vernácula.

En cualquier caso, sí que parece defendible que el ROF tiene una posición tal –en lo que no sea reproducción de preceptos básicos– que será disponible por las comunidades autónomas. Al mismo tiempo, cuando su contenido se refiere a aspectos sobre organización y funcionamiento, si la regulación de la comunidad autó-

25. La STS de 9 de junio de 2000 (*El Derecho*, 14520/2000), aprecia la relación entre la LOREG y el ROF, señalando que esta norma reglamentaria es de aplicación ante las lagunas de aquélla y precisa que en cuanto al derecho fundamental al cargo proclamado en el artículo 23.2 de la CE, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, su ámbito material no se circunscribe al momento inicial del acceso a los cargos públicos, sino que se proyecta durante todo el mandato; ello implica que la renuncia de cargos públicos forma parte del conjunto de facultades integradas en la referida disposición, y que a falta de cualquier otra referencia sobre la materia en el artículo 182 de la LOREG ha de acudir al ROF, en el que se especifica que se perderá la condición de concejal –y de otros cargos– por renuncia, que deberá hacerse efectiva por escrito ante el Pleno de la corporación.

26. La Dirección General de Administración Local, a escasas fechas de la entrada en vigor del ROF, dictó la conocida Resolución de 27 de enero de 1987 sobre la posición ordinamental de este reglamento y en particular respecto

de las entidades locales que dispusieran de reglamento orgánico, aunque buena parte de su planteamiento quedó desautorizado por la STC 214/1989, según veremos.

Tanto el ROF como esta Resolución de 27 de enero de 1987 fueron objeto de análisis en la STS de 24 de septiembre de 1997 (Aranzadi 6766), que declara que: “No es posible aceptar los alegatos deducidos por la demandante porque son alegatos generales y formulados en abstracto: de lo alegado por la representación de la parte actora no se desprende, en concreto, qué precepto legal ha sido desatendido por el reglamento y la resolución impugnados. Además, respecto de la Resolución de 27 de enero de 1987 de la Dirección General de Administración Local, debe dejarse consignado que se trata de la respuesta dada a numerosas consultas sobre cómo interpretar el artículo 5 de la LRL, cuyo artículo fue declarado nulo por la citada Sentencia 214/1989, del Tribunal Constitucional, razón por la cual la impugnación de dicha resolución carece de fundamento”.

noma es meramente reglamentaria, dicho carácter disponible alcanza a ésta, de forma que la entidad local, a través del reglamento orgánico, puede efectuar en el marco de la ley una acomodación a su realidad, sin verse constreñida en este caso por los reglamentos autonómicos.

A la vista de cuanto llevamos dicho, podría defenderse la existencia en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo del siguiente orden teórico de prelación de fuentes en la materia de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, sin olvidar por supuesto, en primer lugar, a la propia Constitución:

1.) La Carta Europea de la Autonomía Local.

2.) La LRL, los preceptos básicos del TRRL, la LOREG y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.²⁷

3.) Las leyes de las comunidades autónomas sobre régimen local, electorales y procedimentales si tienen asumida con carácter exclusivo o de desarrollo la correspondiente competencia en su estatuto de autonomía.

4.) Los preceptos no básicos del TRRL, dado su carácter de ley aunque ésta sea de naturaleza supletoria.

5.) El reglamento orgánico (fundamentalmente en materia de organización complementaria).

6.) Las normas reglamentarias de las comunidades autónomas.

7.) El ROF.

El anterior cuadro se complica por la presencia en el articulado del ROF de preceptos que son mera reproducción de otros preceptos básicos, aunque hay que decir que, en este caso, el ROF no añade nada, sino que debe estarse a lo que diga realmente el precepto básico, y con otros artículos de esta norma reglamentaria que son un complemento indispensable y que pueden afectar al necesario tratamiento de determinados derechos que han de tener un contenido esencial igual.

La STS de 12 de noviembre de 1997 (*El Derecho*, 8741/1997), como se desprende de los fundamentos de derecho 2 y 3, sitúa el reglamento orgánico de las entidades locales en una posición prevalente respecto del ROF, por su carácter no básico, cuando se trata de la materia de funcionamiento, al mismo tiempo que subordina el citado reglamento a lo dispuesto en el TRRL, ya que aunque tampoco tiene carácter básico sí tiene rango de ley:

“Razona acertadamente el apelante que ello implica dotar de prevalencia a los reglamentos organizativos, dictados por los entes locales, sobre aquellas disposiciones estatales reglamentarias, no básicas, que regulen con carácter general el funcionamiento de dichos entes, de suerte que estas últimas vendrían a ocupar una posición subordinada y complementaria con respecto a las

reglas sobre la materia aprobadas por los mismos. Si la única razón determinante de la validez o la nulidad de la convocatoria efectuada en la forma antedicha fuese la prevalencia o la subordinación de lo dispuesto en el reglamento orgánico del ayuntamiento frente al Real decreto 2568/1986, sería factible llegar, efectivamente, a la conclusión que se postula en la presente apelación.

“3.º) Lo que ocurre, sin embargo, es que la decisión del Tribunal Constitucional comentada se ha fijado –entre otros aspectos– la tarea de examinar la pertinencia de respetar un orden de prelación normativo que establezca la preferencia de los reglamentos organizativos de las corporaciones locales sobre la legislación de desarrollo dictada por las comunidades autónomas según sus respectivos estatutos [artículo 20.1.c), último inciso; y 20.2, último inciso, de la Ley 7/1985], habiendo llegado a una conclusión negativa, determinante de la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos, o fragmentos de los mismos, y estableciendo en consecuencia un orden de aplicación en el que los reglamentos organizativos aprobados localmente han de quedar subordinados, tanto a la legislación básica estatal, como a la legislación de desarrollo sobre el mismo tema promulgada por la comunidad autónoma respectiva, pero eso no quiere decir en absoluto que con ello se haya venido a subvertir el orden natural de subordinación de las ordenanzas y los reglamentos aprobados por los entes locales respecto a las leyes estatales reguladoras de la materia, aunque no revistan carácter básico.

La primacía de las leyes estatales, revistan o no carácter básico, sobre los reglamentos aprobados por los entes locales es una constante de nuestra jurisprudencia que ha de considerarse indiscutible (sentencias de esta misma sala de 20 de mayo y de 15 de junio de 1992 y de 30 de abril de 1993, entre otras muchas).”

Igualmente, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 11 de mayo de 1998 (*El Derecho*, 4709/1998), razona sobre las relaciones entre la potestad reglamentaria en materia de organización y la legislación básica del Estado o la de desarrollo de las comunidades autónomas, diciendo:

“En relación con la organización municipal, la distribución de competencias se asienta en el reconocimiento de tres ámbitos normativos correspondientes a la legislación básica del Estado (artículo 149.1.18 de la CE), la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas, según los respectivos estatutos, y la potestad reglamentaria de los municipios, inherente a la autonomía que garantiza el artículo 140 de la CE. Consecuentemente, el artículo 20 de la LRBRL establece en su apartado 1 los órganos municipales de carácter necesario, reconociendo en el párrafo c) de este mismo apartado la

27. Téngase en cuenta en este sentido la STC 50/1999.

potestad de autoorganización complementaria que corresponde a los propios municipios. Potestad esta singularizada respecto de la potestad reglamentaria local que comprende el establecimiento y la regulación de la organización y de las relaciones en el ámbito interno, funcionalmente requeridas para el desenvolvimiento de la actividad cuya gestión autónoma se encomienda al ente local, dentro del marco que diseñan los principios de competencia, reserva de ley, legalidad y jerarquía normativa que articulan el carácter plural y complejo de nuestro ordenamiento jurídico y que justifican el punto de partida de la sentencia al examinar los preceptos impugnados del reglamento orgánico, comprobando su adecuación a preceptos legales que forman parte de la LRBRL o de la Ley de medidas para la reforma de la función pública, Ley 30/1984, de 2 de agosto (LRFP).

"En efecto, el legislador estatal ha optado, en concreto, por establecer un modelo organizativo común y uniforme para todas las entidades municipales y provinciales a partir del cual, y con pleno respeto al mismo, las propias entidades locales pueden dotarse de una organización complementaria en virtud de lo dispuesto en los correspondientes reglamentos orgánicos. Quiere esto decir que los reglamentos locales gozan de la primacía derivada de la competencia que la ley atribuye a las entidades locales, al margen de la específica jerarquía normativa. Pero la autonomía de las entidades locales que comporta un poder de autoorganización y de ejercicio de las potestades administrativas según opciones políticas propias (STS de 24 y 26 de septiembre de 1997) no puede ignorar, como recuerda una Sentencia de esta propia sala de 12 de noviembre de 1997, la primacía de las leyes estatales sobre los reglamentos aprobados por los entes locales (STS de 20 de mayo y de 15 de junio de 1992 y de 30 de abril de 1993, entre otras muchas)."

Al mismo tiempo, se ha de tener en cuenta que la posición del reglamento orgánico variaría cuando se tratase de una materia distinta a la organización complementaria y, especialmente, en los aspectos relativos al procedimiento administrativo, ya que en este caso se situaría por detrás no sólo de las leyes estatales o de las comunidades autónomas, sino también de las normas reglamentarias de éstas, siempre, eso sí, que tuvieran el carácter de reglamentos ejecutivos.

En este sentido, de *lege ferenda* resulta necesario que el Estado declare expresamente el carácter básico de diferentes artículos del ROF (hoy carentes, sin embargo, de este carácter).

El Alto Tribunal, también, en la Sentencia de 8 de marzo de 2001 (*El Derecho*, 12040/2001), declara:

"[...] sea cual sea la competencia de las corporaciones locales para aprobar su organización interna, ello es cosa distinta de que al aprobar un reglamento de tanta trascendencia como aquel sobre el que versan las actua-

ciones se prescinda por completo de la norma de procedimiento que se contiene en el Reglamento de organización y funcionamiento de las corporaciones locales, la cual garantiza mediante el funcionamiento de las comisiones informativas los derechos de los concejales y en definitiva los de la oposición local democrática. Desde luego puede y debe admitirse que en cuanto a algunos extremos se establezcan por el ente local soluciones orgánicas distintas de las convencionales como es propio de la autonomía local en materia organizativa, y así lo reconoce expresamente la Resolución de la Dirección General de Administración local de 27 de enero de 1987 sobre posición ordinal del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico. Pero, en cualquier caso, ello no permite vulnerar las normas procedimentales cuando se trata de aprobar los reglamentos de organización, debiendo entenderse que al respecto el artículo 82.2 del repetido Reglamento de los entes locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, es de aplicación necesaria [...]."

2.2.1. Las fuentes del núcleo representativo de las entidades locales

Una parte esencialísima en la configuración de la organización de las entidades locales es la que se refiere a la elección de los miembros representativos de las mismas, según el diseño que en este sentido realiza ya la propia Constitución, especialmente en el artículo 140, que es reproducido por el artículo 19.2 de la LRL; es decir, los concejales son elegidos mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, y el alcalde es elegido por los concejales o por los vecinos, todo ello en los términos que establezca la legislación electoral general.

La Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, en su artículo 3.2, al referirse al derecho a la autonomía local señala, a su vez, lo siguiente:

"Este derecho se ejerce por asambleas o consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal, y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la ley."

Además, el artículo 73.1. de la LRL contiene una nueva remisión a la legislación electoral al reflejar la siguiente previsión en el marco del Estatuto de los miembros de las corporaciones locales: "[...] la determinación del número de miembros de las corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán en la legislación electoral".

El Estado despliega, por tanto, a través de la legislación electoral, el apoderamiento que le otorga la

Constitución en el artículo 81.1, al determinar que la regulación del régimen electoral general deberá llevarse a cabo mediante ley orgánica, y, desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional, ya tempranamente, en la STC 38/1983, de 16 de mayo de 1983, desestimó el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley orgánica 6/1983, de 2 de mayo, que modificó varios artículos de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, declarando que las elecciones municipales se incluían en la expresión *régimen electoral general*, contenida en el citado artículo 81.1 de la CE, afirmando que: “Se reserva a la ley –orgánica– el régimen electoral general, tanto en las elecciones que tienen en los artículos 67 al 70 sus líneas constitucionales como de las elecciones que las tienen en el artículo 140 [...]”

En este orden de cosas, la LOREG se ocupa, respectivamente, en los títulos III, IV y V, de las disposiciones especiales para las elecciones municipales, para la elección de los cabildos insulares canarios y para la elección de los diputados provinciales, determinando entre otras cuestiones –como ya expusimos antes– el derecho de sufragio activo y pasivo, las causas de incompatibilidad, el sistema electoral, la convocatoria, el procedimiento electoral, los gastos y las subvenciones, el mandato y la constitución de las corporaciones locales, la elección del alcalde, la moción de censura y la cuestión de confianza.

El artículo 199 de la LOREG remite en cambio a las leyes de las comunidades autónomas²⁸ en cuanto al régimen electoral de los órganos de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio, que deberán respetar lo dispuesto en la LRL, determinando supletoriamente unas reglas a aplicar en el caso de que dichas leyes no hayan regulado esta cuestión.

Respecto del ámbito de las comunidades autónomas en esta materia, Morell Ocaña²⁹ considera que sólo podrán intervenir, y de una manera limitada, si tienen competencias legislativas sobre régimen local:

“Legislación que, a partir de los principios y las normas que sienta la legislación estatal, ‘podrá tener extensión muy diferente: bastante limitada’, en relación con municipios, provincias e islas, ‘y amplía’ en lo referente a composición, procedimiento de selección, duración del mandato y supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad de las restantes entidades locales, pues sólo aquellas tres se contemplan directamente en la LOREG.”

Junto a la LOREG, el estatuto de los miembros de las corporaciones locales queda desarrollado en los artículos 63 a 78, ambos inclusive, de la LRL, y ya sin el carác-

ter de legislación básica en diferentes preceptos del TRRL y del título I del ROF, por lo que su naturaleza será la de carácter supletorio de la que puedan dictar las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias estatutarias.

La STC 214/1998, de 21 de diciembre, FJ 4, de una manera indirecta, viene a reconocer no obstante el papel del ROF como norma complementaria de la propia LOREG; en este caso, en lo referido al derecho fundamental, al mantenimiento en los cargos públicos de los concejales y sobre cuándo hay que entender que se produce la efectividad de la renuncia de los mismos:

“La interpretación dada por el Tribunal Superior de Justicia al contenido de este artículo 9 resulta innecesariamente restrictiva en orden a la efectividad del derecho fundamental al mantenimiento en los cargos públicos, sin que, por lo demás, pueda deducirse de la jurisprudencia constitucional en la materia, a la que ha recurrido la propia sala para fundamentar la sentencia que ahora se impugna. En efecto, el artículo 9.4 del ROF sitúa el momento de la renuncia en aquel en el que la misma se hace ‘efectiva’ ante el Pleno; esto es, no cuando se presenta en el registro de la corporación municipal, sino precisamente cuando, registrada en el ayuntamiento, dicha renuncia es llevada ante el Pleno, siendo ahí, en ese instante, cuando se hace efectiva. Hasta ese momento puede hablarse, si se quiere, de una renuncia en curso o en tramitación; pero la efectividad de la misma, esto es, su eficacia jurídica, se concreta por la normativa vigente en el momento preciso en el que la misma llega al Pleno de dicha corporación. Ante éste, pues, no se da simplemente cuenta de una renuncia que ya fuera efectiva (artículo 25 del ROF), sino que, conviene reiterar, lo que más bien tiene lugar es una renuncia que con ese acto de presentación y no antes ni con ocasión de actos previos o de tramitación se hace efectiva. Ciertamente, el asentimiento del Pleno de la corporación no es condición para la efectividad de la renuncia ante él, siendo posible su revocación antes de que el Pleno tome conocimiento de aquélla; tampoco dicho asentimiento es condición para la efectividad de la misma. En este sentido, la renuncia es, por así decir, automática, pero sólo cuando se presenta ante el Pleno y deviene, con esa presentación, ‘efectiva’.

“En suma, este entendimiento de la normativa conformadora del contenido del derecho fundamental del recurrente a ser mantenido en su condición de concejal no es sólo el más ajustado a la dicción del artículo 9.4 del ROF, sino sobre todo el más adecuado a la perspectiva constitucional que aquí hemos de adoptar, pues, si

28. Téngase en cuenta lo que sucede en este sentido, por ejemplo, en Aragón, con la comarcalización, regulándose la composición, la elección de los consejos comarcales y las actuaciones de la Junta Electoral de Aragón en los artículos 17 y ss. de la Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de comarcali-

zación de Aragón, y en las disposiciones adicionales 1, 2 y 3 de la Ley 23/2001, de 26 de diciembre, de medidas de comarcalización.

29. *Op. cit.*, p. 159.

algún sentido tiene el mencionado derecho fundamental al mantenimiento en los cargos públicos representativos, éste no es otro que el de garantizar el ejercicio de la función representativa en el marco definido por la legalidad, impidiendo que pueda ser perturbado como consecuencia de un entendimiento abusivo de la lógica de las mayorías. Por el contrario, la interpretación efectuada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la medida en que aprecia la absoluta irrevocabilidad del escrito de renuncia desde el momento de su presentación, sin posibilidad alguna de incidencia de cualquier otro escrito presentado por el propio recurrente revocando el anterior, con independencia de que el primero no hubiera sido aún presentado ante el Pleno, implica una restricción enteramente innecesaria, y como tal ilegítima a la efectividad del reiterado derecho fundamental, determinando así la vulneración del mismo.”

La aplicabilidad del ROF en esta materia queda exceptuada cuando afecta a alguno de los supuestos a los que no se aplica la LRL, ya que como comentamos anteriormente el carácter básico de esta ley y su pretendido carácter de común denominador tiene entre sus excepciones a la singularidad de las ciudades de Ceuta y Melilla. Concretamente, en la STS de 4 de abril de 2002 (*El Derecho*, 761/2002), se dice:

“En consecuencia, el precepto aplicable para decidir el litigio es el ya transcrito artículo 18.e) del Reglamento orgánico de la Asamblea de Melilla, que solamente exige para que el diputado local pierda la condición de tal su renuncia formulada ante la Mesa de la Asamblea, y, por tanto, que la Mesa haya tomado conocimiento de ella, como ocurrió en el supuesto de la recurrente, sin hacer mención alguna de la intervención del Pleno de la Asamblea, a diferencia de lo que verifica el artículo 9.4 del Reglamento de OF y RJ, que requiere que la renuncia se haga efectiva por escrito ante el Pleno de la corporación. Este precepto no es aplicable a la Asamblea de la Ciudad Autónoma de Melilla, que se rige por el Estatuto de autonomía y por su propio reglamento orgánico, teniendo el artículo 18.e) del Reglamento orgánico de la Asamblea de la Ciudad de Melilla carácter de precepto especial, de específica vigencia para los diputados de la asamblea y, por tanto, para la recurrente. La procedente aplicación, para decidir el caso examinado, del artículo 18.e) citado, impide que la resolución del proceso deba regirse por el artículo 9.4 del Reglamento de OF y RJ.”

En nuestra opinión, al afectar el ROF a la concreción de aspectos que afectan a los derechos fundamentales,

en este caso de los miembros de las corporaciones locales, que deberían tener una regulación general en el conjunto del Estado, el legislador estatal debería disponer el carácter básico de los mismos, salvo en lo que se refiere a las singularidades que la propia LRL reconoce, en línea con la sentencia que se acaba de referenciar.

2.3. Las fuentes sobre el procedimiento, la expropiación forzosa, los servicios locales, el territorio y la población, la contratación administrativa, el personal al servicio de las administraciones locales...

En los aspectos referidos al personal al servicio de las administraciones locales, así como sobre contratación administrativa, procedimiento administrativo, expropiación o responsabilidad patrimonial se confirma también –tal como comprobaremos en los puntos siguientes– la previsión que contenía el artículo 5.c) de la LRL, ya que, en este sentido, siguiendo a Sosa Wagner:³⁰

“[...] En todas estas materias, las entidades locales se rigen por aquellas leyes que las disciplinen en desarrollo del artículo 149.1.18 de la CE y, en último término, por las ordenanzas de la propia entidad. No se advierte qué otro orden de prelación de fuentes puede existir si no es el indicado, tomado de forma directa y sin adulteración alguna del orden constitucional mismo.”

2.3.1. El procedimiento administrativo y la responsabilidad patrimonial, los servicios locales, la expropiación forzosa, y el territorio y la población

a) El procedimiento administrativo y la responsabilidad patrimonial

Sin perjuicio de remitirnos a lo que ya hemos manifestado sobre los aspectos organizativos y de funcionamiento, señalamos que el artículo 146 del ROF, reproduciendo lo que se contemplaba en la primitiva redacción del artículo 5.c) de la LRL, viene a concretar que el procedimiento administrativo³¹ de las entidades locales se rige:

“1.º) Por lo dispuesto en la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, y en la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común.

“2.º) Por la legislación sobre procedimiento administrativo de las entidades locales que dicten las comunidades autónomas respectivas.

“3.º) En defecto de lo anterior y de acuerdo con el artículo 149.3 de la CE, por la legislación estatal sobre procedimiento administrativo de las entidades locales, que no tenga carácter básico o común.

“4.º) Por los reglamentos sobre procedimiento administrativo que aprueben las entidades locales, en

30. SOSA WAGNER, F. *Manual de derecho local*, op. cit., pp. 44-45.

31. El artículo 162.1 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, dispone con una redacción no muy afortunada lo siguiente: “Los entes locales ajustarán su actuación a la legislación del Estado regu-

ladora del procedimiento administrativo común y a la legislación de la Generalitat sobre procedimiento administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales que establezcan las correspondientes leyes sectoriales [...]”.

atención a la organización peculiar que hayan adoptado.”

El artículo 149.1.18 de la CE determina que es competencia exclusiva del Estado, entre otros aspectos, la aprobación de las bases del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas, la legislación sobre expropiación forzosa, la legislación sobre concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, vino a matizar la competencia exclusiva del Estado, al advertir en el FJ 32 que:

“El adjetivo ‘común’ que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o las normas que, por un lado, definen la estructura general del ‘iter’ procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento.

“Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y esas reglas del ‘procedimiento administrativo común’, que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia –lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las administraciones públicas, como exige el propio artículo 149.1.18–, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las comunidades autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración.

“Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a derecho [...]. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una comunidad autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias.”

A su vez, en la STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 38, se precisa que el régimen jurídico no se refiere sólo al procedimiento y al régimen de recursos, sino que ha de entenderse incluida también en él la regulación básica de los órganos de todas las administraciones públicas, y aquí se produce una cierta colisión entre la LRL y la LPC, ya que a tenor de lo que dispone la disposición adicional 1 de esta ley, se aplica la misma a los órganos colegiados distintos del Pleno y de la Comisión de Gobierno. Distinta es la cuestión en materia de procedimiento, en la que señala Ballesteros Fernández:³²

“[...] los principios del procedimiento regulados en la LRJ y el PAC son directamente aplicables a los procedimientos locales, tanto porque los mismos responden al ‘procedimiento común’ que, en garantía de los ciudadanos, exige la CE, cuanto porque la propia LRBRL se remite en materia de procedimiento a las normas estatales. Pero lo difícil es deslindar qué preceptos de la LRJ y el PAC se pueden encajar en el régimen jurídico o en el procedimiento. Porque no cabe duda de que hay preceptos extramuros del título VI (“Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”) que deben incluirse entre los principios comunes del procedimiento [...]”

La LPC viene a regular el núcleo central del derecho administrativo –junto con la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa–, norma que tiene naturaleza básica, aunque no la totalidad de sus preceptos, como se señala en la STC 50/1999, de 6 de abril, cuyo fallo estima parcialmente los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos respectivamente por la Junta de Consejeros de Castilla y León y la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y declara que el inciso “por quien designe el órgano competente para el nombramiento de aquéllos” de los artículos 17.1, 23 (apartados 1 y 2), 24 (apartados 1, 2 y 3), 25 (apartados 2 y 3), 27 (apartados 2 y 3) y 27.5 no tienen carácter básico, por lo que son contrarios al orden constitucional de competencias.

Asimismo, declara el TC en esta sentencia que el segundo párrafo del artículo 36.2 y el artículo 36.3 de la LPC son constitucionales interpretados en el sentido de que la obligación de traducir al castellano que en los mismos se contiene no se extiende a los documentos, los expedientes o los partes de los mismos que vayan a surtir efectos en otra comunidad autónoma en la que la lengua en la que dichos documentos hayan sido redactados tenga también carácter cooficial, y desestima el recurso en todo lo demás.

32. *Op. cit.*, pp. 137-138.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial, el artículo 54 de la LRL se remite a la legislación general sobre responsabilidad administrativa, que se contiene en el título X de la LPAC, desarrollado por el Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

b) Los servicios locales.

Por lo que se refiere a los servicios de las corporaciones locales, la LRL sólo dedica los artículos 84 al 87, ambos inclusive, a esta materia. A su vez, el TRRL, dentro del título VI, contempla esta materia en los artículos 88 al 110, también ambos inclusive, que en este caso no tienen carácter básico por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la ya citada STC 385/1993, de 23 de diciembre.

Al mismo tiempo, ha de tenerse en cuenta que el viejo Reglamento de servicios de las corporaciones locales, de 17 de junio de 1955, no ha sido todavía objeto de la actualización y la acomodación previstas en la disposición final 1 de la LRL y, por el contrario, se ha visto modificado sustancialmente por normas posteriores y, en algún caso, con una amplia derogación, como sucede con la normativa de contratación. Así, el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, en su disposición derogatoria única, dispone que el título III del Reglamento de servicios de las corporaciones locales –que se refiere precisamente a los servicios de las entidades locales– conservará su vigencia en cuanto no se oponga a lo establecido en la LCAP y en el propio reglamento general de la misma.

Por todo ello, los artículos 154 al 170 de la LCAP, relativos al contrato de gestión de servicios públicos,³³ se sitúan en una posición preeminente –teniendo en cuenta, no obstante, que no tienen carácter básico los artículos 159.2.c), 163, 165, 167, 168, 169.2, 169.3 y 169.4– e implica, por ejemplo, la desaparición del arrendamiento³⁴ entre las modalidades gestoras de los servicios públicos, previstas en el artículo 156 de la LCAP, y que se contemplaba en el artículo 85.4.d) de la LRL, todo ello en aplicación de la disposición derogatoria única de la LCAP, por derogación tácita, con lo que nuevamente observamos que dentro de la legislación estatal básica se producen contradicciones que a pesar de la vis singular de la LRL no permite mantener la prevalencia de la misma, sino de una norma estatal también básica y que es posterior a la

LRL, como en este caso sucede con la LCAP.

c) La expropiación forzosa.

En materia de expropiación forzosa, creemos que tiene interés el traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en la STC 37/1987, de 26 de marzo, que supone la habilitación de las comunidades autónomas sobre el instituto expropiatorio en mayor medida de lo que del tenor literal del artículo 149.1.18 de la CE se podría desprender, cuando atribuye al Estado la competencia exclusiva respecto de la legislación sobre expropiación forzosa, de forma que las entidades locales habrán de contar con esta circunstancia y valorar la aplicabilidad de la normativa autonómica en el marco de dicha doctrina, siendo especialmente destacable lo que, entre otros aspectos, se recoge en el FJ 6 de la citada sentencia:

“Como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, la expropiación forzosa, además de ser un ‘instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social’ (Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13), constituye al tiempo una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, en la medida en que con ella se asegura una justa compensación económica a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o sus derechos de contenido patrimonial (artículo 33.3 de la CE).

“Como tal, es obvio que el constituyente ha pretendido que exista una regulación general de la institución expropiatoria –incluso en sus diversas variantes, pues tampoco es hoy la expropiación forzosa una institución unitaria– en todo el territorio del Estado. Y para ello ha reservado en exclusiva al Estado la competencia sobre la legislación de expropiación (artículo 149.1.18 de la CE) y no simplemente, como en otras materias, la competencia para establecer las bases o la legislación básica [...]. Sin duda la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y la aplicación de las mencionadas garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado y, por ende, el estricto respeto y el cumplimiento de los criterios y el sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento expropiatorio establecidos por ley estatal para los distintos tipos o las distintas modalidades de expropiación. De este modo, la competencia exclusiva que al Estado reserva el artículo 149.1.18 impide que los bienes objeto

33. En igual sentido, los artículos 180 al 186 del mencionado Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, si bien el artículo 186 no tiene carácter básico.

34. SOSA WAGNER, F. *Manual...*, pp. 226 y 233, sostiene que el listado recogido en el artículo 85 de la LRL no es un *numerus clausus* y “[...] que las formas de gestión de servicios son una expresión de la autonomía local y, en concreto, de la potestad de autoorganización, la más significada seña de identidad de esa autonomía [artículo 4.1.a) de la LRL y FJ 6 de la Sentencia consti-

tucional de 21 de diciembre de 1989] que el legislador no puede recortar porque estaría recortando la garantía institucional contenida en los artículos 137 y 140 de la CE. Esto explica que tampoco la enumeración de la LBRL nunca haya sido considerada como expresión de un *numerus clausus*”. Los artículos 297 a 300 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, contemplan esta figura.

de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio.

"Ahora bien, salvada la regulación uniforme de la institución como garantía de los particulares afectados, es preciso insistir en que, desde el punto de vista de los intereses públicos, la expropiación es también, como acabamos de recordar, un medio indeclinable del que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines, cuando ello exija privar a ciertos particulares de sus bienes y sus derechos por causa de utilidad pública o interés social, *propter privatorum commodum non debet communi utilitati praejudicari*. En este sentido, es obvio que no sólo la ejecución de las medidas expropiatorias sino también, en su caso, la definición de la concreta *causa expropriandi* son competencias que no pueden disociarse de las que a cada poder público con potestad expropiatoria le corresponden para la determinación y el cumplimiento de sus diferentes políticas sectoriales [...]. De todo ello se sigue que la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o los supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquélla deba servir."

d) El territorio y la población.

Los artículos 12 al 18 de la LRL, ambos inclusive, se ocupan de la materia relativa al territorio y la población. Esta legislación básica, por lo que se refiere al territorio,³⁵ fija unos criterios comunes para el conjunto del Estado sobre la creación³⁶ y la supresión de municipios –pudiendo establecer medidas que tiendan a fomentar la fusión de municipios–, así como sobre la alteración de términos municipales, remitiéndose para su concreción a la legislación de las comunidades autónomas sobre régimen local.

Sobre la población, hay que tener en cuenta los artículos 15 al 17 de la LRL, sobre los que hay que insistir en su naturaleza básica. El desarrollo de la legislación estatal básica ha tenido lugar por el TRRL, del que en este aspecto también son básicos, según dispone la disposición final 7, los artículos 2 y 3.2, y por el Real decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el

Reglamento de población y demarcación de las entidades locales, que en este caso no tiene naturaleza básica.

Asimismo, conviene recordar la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública –especialmente los artículos 40 y 44, de aplicación a las entidades locales, aunque no se dice expresamente que tengan carácter básico, lo que introduce una cierta inseguridad jurídica–, ley dictada al amparo del artículo 149.1.31 de la CE, y advertir al mismo tiempo que la legislación de las comunidades autónomas prevé la colaboración de los ayuntamientos con ocasión de la formación del padrón en la obtención de datos necesarios para la función estadística de las mismas.

2.3.2. La contratación administrativa

Particularmente, en cuanto al sistema de fuentes en la contratación administrativa, materia sobre la que el Estado tiene la competencia exclusiva para dictar la legislación básica, según dispone el artículo 149.1.18 de la CE, se debe partir en primer lugar de la identificación de las características que presiden la contratación administrativa, que son las de cierta pormenorización, rigidez y uniformidad, en buena medida derivadas del derecho comunitario.

Es por ello que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha manifestado que la legislación nacional –cualquiera que sea su fecha, anterior o posterior a la regla comunitaria– que contradiga las directivas comunitarias comporta que deba dejarse inaplicada aquélla. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 141/1993, de 22 de abril, como ya hemos tenido ocasión de comentar en el apartado correspondiente a los tratados internacionales, ha precisado asimismo que el hecho de que las directivas comunitarias sean de obligado cumplimiento para todas las autoridades centrales y descentralizadas de los estados miembros lo es por su propia fuerza normativa y no por la que les atribuye su traslación al derecho interno como normas básicas.

En el plano de la legislación estatal destacan el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (LCAP) y el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el reglamento general de dicha ley. En ambos casos sus disposiciones adicionales 9 contienen reglas específicas aplicables a las entidades locales, y asimismo sus dispo-

35. El artículo 148.1.2 de la CE posibilitó desde el primer momento la asunción estatutaria por las comunidades autónomas de esta competencia.

36. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 21 de diciembre de 1989, rechazó la inconstitucionalidad que alegó la Comunidad Autónoma de Galicia sobre el artículo 13.2, relativo a la creación de municipios, y precisó también que la acción estatal de fomento de las fusiones municipales no restringía las competencias autonómicas y se ajustaba a la distribución constitucional de

competencias. Al mismo tiempo, declara que el artículo 14.1 debe ser reputado como norma básica, precepto que determina que los cambios de denominación de los municipios sólo tendrán carácter oficial cuando, tras haber sido anotados en un registro creado por la Administración del Estado para la inscripción de todas las entidades a que se refiere la LRL, se publiquen en el *Boletín Oficial del Estado*.

siciones finales primeras concretan los preceptos que tienen el carácter de normas básicas al amparo del artículo 149.1.18 de la CE; pero las dificultades aplicativas surgen dentro de la propia legislación estatal y también en la relación que se establece entre ésta y la de las comunidades autónomas, siendo una muestra de ello, por ejemplo, la problemática generada por la publicación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares,³⁷ recogida en el artículo 122 del TRRL, que nos sirve para ilustrar las dificultades de imbricación normativa entre el Estado y las comunidades autónomas, y que dice:

“1.) Los pliegos de condiciones, después de aprobados por el pleno de la corporación, se expondrán al público durante un plazo de ocho días, anunciándose así en el boletín oficial de la provincia, para que puedan presentarse reclamaciones, las cuales serán resueltas por la misma corporación. Esta previsión no será de aplicación en el supuesto de que previamente hayan sido aprobados pliegos generales.

“2.) Dentro del plazo de dicha exposición podrá publicarse también el anuncio previsto en el artículo siguiente, si bien en tal caso la licitación se aplazará cuando resulte necesario, en el supuesto de que se formularan reclamaciones contra los pliegos de condiciones.”

El artículo 49.1 y 2 de la LCAP –apartados que tienen el carácter de legislación básica, de conformidad con la disposición final primera de esta ley– establece lo siguiente sobre esta cuestión:

“1.) Deberán aprobarse, previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la perfección, y en su caso, licitación del contrato, los pliegos de cláusulas administrativas particulares que incluirán los pactos y las condiciones definidoras de los derechos y las obligaciones que asumirán las partes del contrato.

“2.) La aprobación de dichos pliegos corresponderá al órgano de contratación competente.”

Del contraste entre el artículo 122 del TRRL y el artículo 49 y los preceptos concordantes de la LCAP surge, pues, la duda sobre la vigencia o no de aquél, es decir, el interrogante sobre si se han de seguir publicando o no los pliegos de cláusulas administrativas particulares tal como de su tenor literal se desprende, dado que en la legislación de contratación administrativa no hay previsión acerca de este particular.

Ahora bien, nos encontramos con el hecho de que no se ha derogado expresamente el citado artículo 122, por la disposición derogatoria única de la LCAP, aunque podría serlo tácitamente si existiese oposición entre dicho precepto y la mencionada LCAP, por lo que es preciso determinar si se produce tal oposición entre el

TRRL y la LCAP en este aspecto. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el Informe 13/2000, al que nos referiremos más adelante, se ha hecho eco del problema y sostiene que:

“La derogación tácita del artículo 122 del Texto refundido por la Ley de contratos de las administraciones públicas, que se sostiene, se basa en la aplicación de criterios doctrinales y jurisprudenciales expuestos en el sentido de que dicha derogación tácita se produce cuando la nueva norma, en este caso la Ley de contratos de las administraciones públicas, establece una regulación completa y uniforme en esta materia, en este caso de la publicidad de los contratos, que debe considerarse incompatible con requisitos o exigencias aisladas de la norma anterior –artículo 122 del texto refundido en cuanto establece la exposición al público de pliegos y anuncios– y que deben dar lugar a la consideración de que el citado artículo 122 se opone al contenido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

“La primera conclusión que debe sentarse, por tanto, es la de que, desde el punto de vista de la legislación estatal, no resulta aplicable el requisito de exposición al público de pliegos y anuncios de contratos en el ámbito de la contratación de las entidades locales, al deber considerarse derogado tácitamente el artículo 122 del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local por la disposición derogatoria única de la Ley de contratos de las administraciones públicas por oponerse el primero a la regulación de publicidad de contratos contenida en la segunda.”

Resulta cuestionable, como mínimo, esta interpretación que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y puede defenderse razonadamente –mientras no se cuente con jurisprudencia acerca de este extremo– la línea de opinión consistente en entender vigente en el derecho estatal (en este caso, el TRRL) la publicidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuya naturaleza es meramente supletoria.

Sin embargo, esta vigencia es parcial, ya que no está en vigor la previsión de que el órgano competente para aprobar los pliegos sea el Pleno –en este punto sí que habría que apreciar la derogación tácita–, ya que prevalecería el artículo 49.2 de la LCAP, de carácter básico como vimos, que establece que la aprobación de dichos pliegos corresponderá al órgano de contratación competente, para lo cual habrá que atender a las reglas previstas en la legislación básica de régimen local tras la reforma operada en virtud del llamado *Pacto Local* [artículo 21.1.ñ) para el alcalde, y artículo 22.2.n) para el Pleno, en el caso de los ayuntamientos, y artículo 33.2.l) para el Pleno y artículo 34.1.k) para el presidente, en

37. Véase a SERRANO PASCUAL, A. “El régimen de fuentes en la contratación administrativa y su incidencia en la Administración local: La cuestión de la

publicidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares”, en *Contratación administrativa práctica* 14, pp. 33-43, noviembre de 2002.

el caso de las diputaciones provinciales]. Sin olvidar el establecimiento de un nuevo órgano de contratación, *ex* disposición adicional 9.2 de la LCAP, es decir, las juntas de contratación, de constitución potestativa.

En la legislación de las comunidades autónomas encontramos este aspecto recogido en el artículo 270 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, y en el artículo 233.2.4 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración local de Aragón (en adelante, LALA). En concreto, este último precepto introduce un elemento más de complicación en la cuestión que estamos abordando al prever lo siguiente:

“Los pliegos de condiciones, después de aprobados por el órgano competente, se expondrán al público durante el plazo de quince días, anunciándose así en el *Boletín Oficial de Aragón* para que puedan presentarse reclamaciones, las cuales serán resueltas por el mismo órgano. Esta previsión no será aplicable en el supuesto de que previamente se hubieran aprobado pliegos generales. Se podrán anunciar los pliegos de condiciones simultáneamente con el anuncio para la presentación de proposiciones. Si dentro del referido plazo se produjeran reclamaciones contra el pliego, se suspenderá la licitación y el plazo para la presentación de proposiciones, reanudándose el que reste a partir del día siguiente al de la resolución de aquéllas.”

Ahora bien, en primer término, hemos de establecer si las comunidades autónomas pueden válidamente legislar en esta materia y para ello hay que recordar que el artículo 122.1 del TRRL no tiene el carácter de básico, sino que se trata de un precepto meramente supletorio, en aplicación de la doctrina contenida en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 285/1993, por lo que, respetando la legislación básica estatal en materia de contratación administrativa, se puede sostener que las comunidades autónomas sí podrían regular la publicidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, dado que de esta forma se estaría haciendo efectivo con “fundamento razonable”, y al no producirse contradicción con dicha legislación básica, un ámbito propio autonómico.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el citado Informe 13/2000, que se ocupa precisamente de la controversia surgida por el artículo 233.2.4 de la LALA, en un municipio de la provincia de Zaragoza, no lo entiende así, con un doble error a nuestro modesto juicio, el primero por entender derogado tácitamente el artículo 122 del TRRL, lo que no parece claro, y el segundo por apreciar la presencia de un conflicto y una contradicción entre la legislación básica estatal y la de la Comunidad Autónoma de Aragón, que se ha de considerar inexistente. La Junta Consultiva dice, en particular, sobre ello:

“En el mismo sentido hay que hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 141/1993, de 22 de abril, de la que, enjuiciando la constitucionalidad del

Real decreto 2528/1986, de 28 de diciembre, que modificó el Reglamento general de contratación del Estado, se desprende el carácter básico de los preceptos que regulan la tramitación de pliegos de cláusulas administrativas particulares, no su contenido concreto, y el contenido de los anuncios de licitación, pues este último –se dice– ‘está íntimamente ligado al principio de publicidad, uno de los fundamentales de la contratación administrativa’ y los preceptos reglamentarios ‘complementan directamente la ley para dotar a este principio de toda su efectividad’.”

Puede decirse que la Junta Consultiva realiza de esta manera una interpretación restrictiva de la capacidad normativa de las comunidades autónomas, que no se compadece con la doctrina recogida en la STC 37/2002, de 14 de febrero, ya que no estamos hablando de anuncios de licitación, en sentido estricto, sino de la publicidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que el propio legislador estatal contempla singularmente en el artículo 122 del TRRL y que el legislador autonómico puede en su ámbito preverlo asimismo de manera diferente en el marco de la legislación básica de contratación administrativa.

Otro tipo de problemas, sin embargo, vendrá derivado de las previsiones de esta legislación catalana y aragonesa, por los problemas prácticos que se plantearán a la hora de hacerlas efectivas, por el retraso que puede producirse en los procedimientos licitatorios y en la armonización de los plazos de anuncio de pliegos y de presentación de proposiciones, lo que viene a evidenciar las dificultades de ensamblaje de los dos cuerpos normativos, el estatal y el autonómico.

2.3.3. El personal de las entidades locales

El Estado tiene competencia exclusiva, *ex* artículo 149.1.18, para dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las administraciones públicas, que garantizarán a los ciudadanos un tratamiento común ante ellas. A su vez, el artículo 103.3 de la CE determina que por ley se regulará el acceso a la función pública –de acuerdo con los principios de mérito y capacidad–, las peculiaridades de su sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

La competencia de las comunidades autónomas, asumida en sus estatutos de autonomía respecto de la función pública local, parte de un sistema estatal de función pública –como se decía anteriormente para la contratación administrativa– pormenorizado, rígido y uniforme, y que deja un reducido margen de maniobra al legislador autonómico, aunque no por ello carente de relevancia, sino todo lo contrario, como se desprende de la reciente STC 37/2002, de 14 de febrero.

A su vez, el artículo 92.1 de la LBRL dispone que los

funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto por ella –en concreto, especialmente, en los artículos 89 a 104 de dicha LBRL, que constituyen la legislación estatal básica–, así como en los artículos 126 a 177 del TRRL –que, teniendo en cuenta su disposición final 7, se trata de derecho supletorio–, por la legislación del Estado y por la de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la CE. En este sentido, cuando se habla de legislación del Estado en esta materia, hay que tener en cuenta los preceptos básicos de la LFP.

Junto a ello, estaría también la normativa básica que versa sobre los funcionarios con habilitación de carácter nacional, así como el Real decreto 896/1991, de 7 de junio, que establece las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios locales; el Real decreto 861/1986, de 25 de abril, regulador del régimen retributivo de estos funcionarios, modificado por el Real decreto 158/1996, de 2 de febrero; las normas sobre seguridad social o, incluso, la pervivencia del Reglamento de funcionarios de las corporaciones locales, de 30 de mayo de 1952 –con el carácter de mera supletoriedad–, vigente en lo que no se oponga, contradiga o sea incompatible con la LBRL, teniendo en cuenta que el operador jurídico deberá comprobar en cada caso el carácter básico o no de los preceptos concretos de la normativa estatal reseñada.

Conviene reiterar la importancia de la STC 37/2002, de 14 de febrero, a cuyos comentarios expuestos en este trabajo nos remitimos, sentencia en la que el Tribunal Constitucional declara que el artículo 149.1.1 de la CE y los artículos 1, 9.2, 14 y 139.1 también de la CE no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y los deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales. La argumentación que subyace es que la generación del tratamiento jurídico uniforme sería frontalmente incompatible con la autonomía. La STC 37/2002 añade que por lo que se refiere al procedimiento sancionador, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones en el marco estatal y “[...] ha de admitirse que las comunidades autónomas puedan establecer, con fundamento razonable tipos que difieran de los regulados en las normas básicas, siempre que no las contradigan”. De esta manera, no aprecia inconstitucionalidad en que se tipifique como falta muy grave en la legislación autonómica catalana “causar por negligencia o mala fe daños muy graves en el patrimonio y los bienes de la Generalitat”, rompiendo pues con el *numerus clausus* de la Ley 30/1984.

De la misma manera, declara el Tribunal Cons-

titucional que no es inconstitucional la previsión de una medida cautelar autonómica consistente en que un funcionario pueda ser trasladado cautelarmente de su puesto de trabajo a otro distinto en la misma localidad, o que se prevea una sanción por falta grave, consistente en la pérdida de uno a tres grados personales, o que para las faltas leves y sus correspondientes sanciones se establezca un plazo de prescripción diferente del previsto en la legislación estatal.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional señala en el FJ 8:

“En materia de función pública al Estado le corresponde, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.18 de la CE, la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que ha de entenderse referida, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional, a los funcionarios de todas las administraciones públicas, debiendo, por consiguiente, entenderse incluidos en dicho título competencial tanto a los funcionarios de la Administración del Estado como a los de las administraciones de las comunidades autónomas y a los de las corporaciones locales (STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 12; STC 25/1983, de 7 de abril, FJ 4; STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 44; STC 85/1985, de 10 de julio, FJ 1; STC 235/1991, de 12 de diciembre, FJ 2; STC 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 8). Por su parte la Comunidad Autónoma de Cataluña ha asumido, en el marco de la legislación básica del Estado, competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen estatutario de sus funcionarios [artículo 10.1.1.c)], título competencial que abarca a los funcionarios al servicio de la comunidad autónoma, y competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la CE, en materia de régimen local (artículo 9.8 del EAC), título competencial de carácter globalizador en cuanto comprensivo de la totalidad de los aspectos que se refieren a la Administración local (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4), incluida, por tanto, la función pública local. De una interpretación conjunta de los mencionados preceptos constitucional y estatutario, se deduce, pues, que al Estado le corresponde el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las administraciones públicas y a la Comunidad Autónoma de Cataluña, pese a la distinta calificación de los títulos competenciales recogidos en los artículos 9.8 y 10.1.1 del EAC, el desarrollo legislativo y la ejecución de las bases de dicho régimen estatutario en lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la comunidad autónoma y al servicio de las corporaciones locales radicadas en su ámbito territorial.

“Por otra parte, en relación con el contenido de la expresión ‘régimen estatutario de los funcionarios públicos’, empleada por los artículos 103.3 y 149.1.18 de la CE, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar, poniendo en conexión ambos preceptos constitucionales, ‘que sus contornos no pueden definirse en

abstracto y *a priori*’, debiendo entenderse comprendida en su ámbito, ‘en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas’ [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.c); STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 19]. Desde la estricta perspectiva competencial este Tribunal Constitucional se ha referido a los diversos contenidos de la expresión ‘régimen estatutario de los funcionarios públicos’, en la que, al margen de otros posibles extremos que no afectan al caso planteado, ha de incluirse el régimen disciplinario en cuanto constituye uno de los aspectos esenciales de la regulación de su régimen estatutario (STC 235/1991, de 12 de diciembre, FJ 4).

“De modo que, a tenor de la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de función pública, corresponde al Estado establecer las bases del régimen disciplinario de los funcionarios públicos y a la comunidad autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en relación con la función pública autonómica y local [...]”

2.4. Las fuentes de las haciendas locales

De nuevo, si nos fijamos en lo que preveía el artículo 5.e) de la LRL, el orden de fuentes que se contemplaba sobre las haciendas locales era el siguiente, rigiéndose también, además de por la propia LRL:

a) Por la legislación general tributaria del Estado y la reguladora de las haciendas de las entidades locales, de las que será supletoria la Ley general presupuestaria.

b) Por las leyes de las comunidades autónomas en el marco y de conformidad con la legislación a que se refiere el apartado anterior.

c) Por las ordenanzas fiscales³⁸ que dicte la correspondiente entidad local, de acuerdo con lo previsto en esta ley y en las leyes mencionadas en los apartados a) y b).

La LRL, sin embargo, sólo se ocupa de las haciendas locales en los artículos 105 a 116, ambos inclusive, en los

que se establecen unos principios generales que han sido desarrollados posteriormente por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (LHL). En este sentido, esta ley dispone en su artículo 1:

“1.) Tienen la consideración de bases del régimen jurídico financiero de la Administración local, dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la CE, los preceptos contenidos en la presente ley, salvo los que regulan el sistema tributario local, dictados en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la CE y a efectos de lo previsto en el artículo 5.E.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y los que desarrollan las participaciones en los tributos del Estado a que se refiere el artículo 142 de la CE, todo ello sin perjuicio de las competencias exclusivas que corresponden al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.14 de la CE.

“2.) La presente ley se aplicará en todo el territorio nacional, sin perjuicio de los regímenes financieros forales de los territorios históricos del País Vasco y Navarra.

“3.) Igualmente, la presente ley se aplicará sin perjuicio de los tratados y convenios internacionales.”

La STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4, declara acerca de la confluencia de normativa estatal y autonómica sobre las haciendas locales lo siguiente:

“[...] Así, a partir de lo dicho en la STC 179/1985, puede afirmarse sin dificultad la naturaleza compartida de las competencias que, en materia de haciendas locales, poseen el Estado y aquellas comunidades autónomas que, como la catalana, han asumido en sus respectivos estatutos facultades en orden al desarrollo de las bases estatales sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas ex artículo 149.1.18 de la CE, precepto que ha de considerarse el título habilitante del Estado para ejercitar sus competencias sobre dicha materia cuando su regulación suponga introducir modificaciones de alcance general en el régimen jurídico de la Administración local o se dicte en garantía de la autonomía que ésta tiene constitucionalmente garantizada. En consecuencia, y dado que frecuentemente la regulación de la hacienda local estará llamada a incidir sobre dicho régimen jurídico, sólo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia haciendo prevalecer el otro título competencial a que

38. Según se desprende de la STC 233/1999, se reconoce una cierta flexibilidad del principio de reserva de ley en materia tributaria cuando se trata de las tasas, como se comenta ampliamente en el punto 1.1.3.1 de la segunda parte de este trabajo, que se publicará en el QDL, 3.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18 de noviembre de 2000 (*El Derecho*, 49991/2000), recuerda que el principio de reserva de ley en materia tributaria no ha sido consagrado en nuestra Constitución con el rigor que hubiera podido tener en momentos históricos anteriores, ya que, según su artículo 31.3, “[...] sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la

ley”. Este precepto exige que exista conformidad con la ley de las prestaciones que se establezcan, pero no impone que el establecimiento haya de hacerse necesariamente por medio de una ley. Por su parte, el artículo 133.1 de la CE dice que “[...] la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley”, definiendo una competencia exclusiva del Estado y estableciendo una reserva de ley referida a la potestad originaria del establecimiento de los tributos, pero no a cualquier tipo de regulación de la materia tributaria.

hace referencia el artículo 1.1 de la LHL, esto es, el de la ‘hacienda general’ del artículo 149.1.14 de la CE. Así ocurrirá, en efecto, en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas haciendas o de medidas de coordinación entre la hacienda estatal y las haciendas de las corporaciones locales. O también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las haciendas locales garantizada por el artículo 142 de la CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140 y 141 de la CE (STC 96/1990, FJ 7; STC 237/1992, FJ 6; STC 331/1993, FJ 2 y 3, y 171/1996, FJ 5)."

Desde esta perspectiva, el artículo 1.1 de la LHL, a pesar de su farragoso tenor, es plenamente conforme a la CE, pues hay que estar de acuerdo con el abogado del Estado en que dicha disposición atribuye con carácter general "[...] la consideración de bases del régimen jurídico financiero de la Administración local, dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, [a] los preceptos contenidos en la ley", con las salvedades que se realizan a continuación, "[...] todo ello sin perjuicio de las competencias exclusivas que corresponden al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.14 de la CE".

Así, las salvedades mencionadas, que afectan a los preceptos "que regulan el sistema tributario local", los cuales se entienden dictados, según el tenor de la norma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la CE y 5.E.a) de la Ley 7/1985, y "los que desarrollan las participaciones en los tributos del Estado", con base en el artículo 142 de la CE, en nada modifican el régimen de distribución competencial al que acabamos de hacer referencia, al no establecer títulos competenciales distintos de los dos anteriormente mencionados.

Estamos ante una materia en la que se intenta sujetar más estrechamente la competencia legislativa comunitaria al marco de la legislación básica del Estado, y hay autores que sostienen este criterio a pesar de que el Tribunal Constitucional ha efectuado la matización que se acaba de exponer. Con anterioridad a esta doctrina constitucional, Morell Ocaña³⁹ había afirmado:

"No hay, pues, un acomodo de la regulación al binomio normativa básica-legislación de desarrollo. El Estado asume la competencia normativa en su totalidad, configurando el ordenamiento tributario en su conjunto. Más aún, 'es la propia legalidad estatal la que se erige, en realidad, en mecanismo habilitante de la comunitaria' [...]. Además, el ordenamiento tributario responderá a un criterio de 'uniformidad'. De ahí que, en el estricto ámbito tributario, se altera la habitual situación de subsidiariedad de la norma general frente a la norma especial: primero se aplica a las haciendas locales la legislación 'ge-

neral' tributaria del Estado, y luego la legislación 'especial' que para ellas promulgue el Estado. Orden de prelación que, sin embargo, no se aplica a la materia presupuestaria, 'en la que queda delante la normativa especial de las entidades locales y luego, considerándola como supletoria, la Ley general presupuestaria [...]'. Aquí no existe la capacidad de innovación que es propia de la normativa de desarrollo en otros campos, y la normativa financiera de las comunidades autónomas y entidades locales no queda amparada por la atribución de una competencia 'exclusiva', porque dicha competencia no existe aquí: sólo se trata, en los escalones normativos subordinados al estatal, de desenvolver las consecuencias inherentes a la norma estatal, aunque en ciertos casos permita el propio legislador estatal diversas alternativas sobre las que pueden pronunciarse el legislador comunitario y el local."

Sin embargo, también es cierto, por otro lado, que las comunidades autónomas pueden asumir en sus estatutos de autonomía la tutela financiera sobre las entidades locales de su territorio, por lo que se ha de tener en cuenta en estos casos la articulación de ello respecto de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y de las materias de hacienda general. En este orden de cosas, la STC 179/1985 declara:

"Es cierto, sin duda, que cuando, usando de su competencia en materia de hacienda general, el Estado regula cuestiones referentes a la Administración local, no puede desconocer la delimitación competencial que respecto de ella existe entre el propio Estado y algunas comunidades autónomas. Si para esos fines hacendísticos ha de introducir modificaciones en el régimen jurídico de esa Administración, deberá hacerlo de modo tal que no se imposibilite el ejercicio de la facultad comunitaria para dictar las normas de detalle. Supuesto imprescindible para ello es, sin embargo, el de que la regulación estatal sea de tal naturaleza que quepa establecer en su seno la distinción entre normas básicas y las que no tienen este carácter [...]."

La citada STC 233/1999, de 16 de diciembre, resolvió diversos recursos y cuestiones de inconstitucionalidad acumulados contra la LHL, con un respaldo al carácter básico de esta ley, declarando no obstante la inconstitucionalidad del artículo 45.1, en su redacción inicial, en la medida en que resulta aplicable a los precios públicos exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, de carácter indispensable o prestados en régimen de monopolio de hecho o de derecho, supuesto en el que es necesario para respetar el principio de reserva de ley la determinación de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para determinarlo, lo que no hace el artículo

39. *Op. cit.*, p. 166.

mentado, que únicamente fija el límite mínimo.

Asimismo, declara que el artículo 48.1 es constitucional interpretado en el sentido de que el Pleno municipal únicamente podrá delegar en la Comisión de Gobierno el establecimiento o la modificación de aquellos precios que no tengan la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público. Además, entiende que el artículo 119.3 es constitucional siempre que se interprete que la decisión de sustituir una prestación personal por otra pecuniaria no corresponde unilateralmente al propio interesado sino a la autoridad municipal correspondiente, previa petición de aquél y previa justificación de la concurrencia de la causa que pudiera fundamentar la aplicación del precepto. Por último, declara que el artículo 167, apartados 2 y 3, no tiene carácter básico, por ser contrario al orden constitucional de competencias.

2.5. Las fuentes en materia de bienes

Igualmente a como afrontaba los diferentes aspectos del régimen local, el anterior artículo 5.d) de la LRL concretaba que las entidades locales en materia de bienes se regían en primer término por dicha ley y, además: “a) por la legislación básica del Estado que desarrolle el artículo 132 de la Constitución; b) por la legislación de las comunidades autónomas; c) por las ordenanzas propias de cada entidad.”

Al Estado le corresponde, por tanto, la determinación del régimen básico de los bienes de las entidades locales, desde una doble vertiente, es decir, teniendo en cuenta los preceptos básicos de la LRL (artículos 79 a 83) y los preceptos que dicte el Estado con carácter básico sobre los bienes de las administraciones públicas, y de nuevo conviene advertir que los artículos 74 a 87 del TRRL tienen carácter supletorio.

El Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio –cuyos preceptos tienen carácter supletorio si no son reproducción de normas básicas, como se desprende de la disposición transitoria primera de la LRL–, concreta en el artículo 1.2 que el régimen jurídico en esta materia se regirá:

“a) por la legislación básica del Estado en materia de régimen local; b) por la legislación básica del Estado reguladora del régimen jurídico de los bienes de las administraciones públicas; c) por la legislación que en el ámbito de sus competencias dicten las comunidades autónomas; d) en defecto de la legislación a que se refieren los apartados anteriores, por la legislación estatal no básica en materia de régimen local y bienes públicos; e) por las ordenanzas propias de cada entidad; f) supletoriamente por las restantes normas de los ordenamientos jurídicos, administrativo y civil.”

El apartado 3 de este mismo precepto dispone,

además, que en todo caso se aplicará el derecho estatal de conformidad con el artículo 149.3 de la CE.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el artículo 132 de la CE no es una norma atributiva de competencia, sino que supone una reserva de ley que impide, consecuentemente, la intervención del reglamento sin una previa ley habilitante (STC 58/1982 y STC 85/1984).

La atribución del Estado resultaría del artículo 149.1. de la CE, reglas 8.^a, 18.^a, 19.^a, 20.^a, 21.^a, 22.^a, 23.^a, 24.^a y 25.^a, entre otras, y han de tenerse en cuenta diferentes leyes relacionadas con esta materia, que contienen normativa básica, como el Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas; la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras; la Ley de montes, de 8 de junio de 1957; la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas, etcétera.

A su vez, el Estado tiene regulado su propio patrimonio, como sucede con el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de patrimonio del Estado, desarrollado por el Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, que es normativa aplicable a las entidades locales en defecto de normativa autonómica.

2.6. Las fuentes aplicables a los ámbitos sustantivos de actuación

Como indicaba el artículo 5.b) de la LRL, en cuanto al régimen sustantivo de las funciones y los servicios, para clarificar las fuentes aplicables por las entidades locales habría que atender, además de la propia LRL, al siguiente esquema:

a) La legislación del Estado y la de las comunidades autónomas, según la distribución constitucional de competencias.

b) Las ordenanzas de cada entidad.

En suma, este precepto venía a recoger en un primer plano la distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, respecto de los diferentes sectores de actividad, de acuerdo con la distribución competencial contemplada en el título VIII de la Constitución. En segundo lugar, se abría el campo de actuación de las propias corporaciones locales a través de las ordenanzas respectivas.

Realmente, la legislación del Estado o la de las comunidades autónomas, atendiendo a sus competencias, van a permitir un escaso margen de maniobra a las corporaciones locales, en materias que coincidirán con las previstas en el artículo 25 de la LRL, materias en las que el municipio ejerce, en todo caso, competencias –mediante determinación de la ley en sentido formal, como se desprende del apartado 1 de la segunda parte

de este artículo— en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, y como señala Morell Ocaña:⁴⁰

“Los órganos estatales y comunitarios constituyen, pues, fuentes de producción del derecho aplicable a determinados sectores de la realidad, cada uno dentro de su propia esfera de competencias, y sus reglas de derecho quedan en la mencionada relación jerárquica. Entre uno y otro, van dibujando los correspondientes ordenamientos sectoriales en que se fracciona el sistema jurídico en su conjunto. Será conveniente precisar que estos ordenamientos sectoriales constituyen la cobertura de unos intereses públicos que son compartidos por el Estado y las comunidades autónomas.”

A pesar de que una determinada materia corresponda como competencia exclusiva a una comunidad autónoma, de acuerdo con sus respectivos estatutos de autonomía, cuyo caso más arquetípico es el urbanismo, eso no significa que no se aplique la legislación estatal básica cuando en esa legislación sectorial urbanística se regulan aspectos previstos en dicha legislación estatal.

En este orden de cosas, pensemos por ejemplo en lo que sucede con el artículo 50.1 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística de Aragón, que dispone que corresponde al ayuntamiento pleno la aprobación inicial de los planes parciales, lo que, como sabemos, choca frontalmente con lo dispuesto en los artículos 21.1.j) y 22.2.c) de la LRL, que asigna esta competencia al alcalde, y que viene a significar en el terreno práctico que en este caso, por afectar la normativa autonómica a la normativa básica estatal, concretamente en lo relativo a la competencias del alcalde y del Pleno, hay que inaplicar —como no puede ser de otro modo— este precepto autonómico a pesar de que se ha dictado en materia urbanística, que es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón.

2.7. Las leyes autonómicas sobre régimen local

A continuación se dejan referenciadas las leyes que han ido aprobando las diferentes comunidades autónomas y que se encuentran actualmente en vigor, si bien se ha optado por no incluir las leyes específicas de creación de las comarcas —claramente repetitivas unas de otras—, como sucede, por ejemplo, en el caso de Aragón. Tampoco se incluyen en el listado, porque no es el objeto de este trabajo, los numerosos decretos y disposiciones de desarrollo de esta legislación autonómica.

Andalucía:

- Ley 3/1983, de 1 de junio, de organización territorial.
- Ley 11/1987, de 26 de diciembre, reguladora de las

relaciones entre la comunidad autónoma y las diputaciones provinciales.

- Ley 3/1988, de 3 de mayo, creando el Consejo Andalúz de Municipios.

- Ley 5/1988, de 17 de octubre, de iniciativa legislativa popular y de los ayuntamientos.

- Ley 7/1993, de 27 de julio, reguladora de la demarcación municipal de Andalucía.

- Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de bienes de las entidades locales.

- Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de coordinación de las policías locales.

Aragón:

- Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de comarcalización de Aragón.

- Ley 8/1996, de 2 de diciembre, de delimitación comarcal de Aragón.

- Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

- Ley 23/2001, de 26 de diciembre, de medidas de comarcalización de Aragón.

Asturias:

- Ley 4/1984, de 5 de junio, de iniciativa legislativa popular y de los ayuntamientos.

- Ley 3/1986, de 15 de mayo, por la que se regula el procedimiento de creación de comarcas del Principado de Asturias.

- Ley 10/1986, de 7 de noviembre, de demarcación territorial de los concejos.

- Ley 11/1986, de 20 de noviembre, de reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia rural.

- Ley 1/1987, de 30 de marzo, de coordinación y ordenación territorial.

- Ley 6/1988, de 15 de diciembre, de coordinación de policías locales.

Baleares:

- Ley 10/1988, de 26 de octubre, de coordinación de policías locales.

- Ley 5/1991, de 27 de febrero, de mancomunidades de municipios.

- Ley 8/1993, de 1 de diciembre, sobre competencias de los consejos insulares en materia de régimen local.

- Ley 8/2000, de 27 de octubre, de consejos insulares.

Canarias:

- Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias.

- Ley 3/1999, de 4 de febrero, del Fondo Canario de Financiación Municipal.

Cantabria:

- Ley 5/1990, de 26 de marzo, de pastos.

- Ley 6/1994, de 19 de mayo, de entidades locales menores.

- Ley 8/1999, de 28 de abril, de comarcas.

40. *Op. cit.*, p. 167.

Castilla-La Mancha:

–Ley 2/1985, de 8 de mayo, de iniciativa legislativa popular y de los ayuntamientos.

–Ley 2/1991, de 14 de marzo, de coordinación de diputaciones.

–Ley 3/1991, de 14 de marzo, de entidades locales de Castilla-La Mancha.

–Ley 8/2002, de 23 de mayo, de coordinación de policías locales.

Castilla y León:

–Ley 12/1990, de 28 de noviembre de 1990, de coordinación de la policía local.

–Ley 7/1991, de 30 de abril, por la que se regula el Fondo de Compensación Regional.

–Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local.

Cataluña:

–Ley 5/1987, de 4 de abril, de régimen provisional de competencias de las diputaciones provinciales.

–Ley 6/1987, de 4 de abril, de organización comarcal de Cataluña.

–Ley 7/1987, de 4 de abril, por la que se regulan actuaciones públicas especiales en la conurbación de Barcelona y las comarcas comprendidas dentro de su zona de influencia directa.

–Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local.

–Ley 22/1987, de 16 de diciembre, por la que se establece la división y las organizaciones comarcales de Cataluña y la elección de los consejos comarcales.

–Ley 23/1987, de 23 de diciembre, por la que se establecen criterios de financiación del Plan único de obras y servicios.

–Ley 16/1990, de 13 de julio, sobre régimen especial del Valle de Arán.

–Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona.

Extremadura:

–Ley 1/1990, de 26 de abril, de coordinación de las policías locales.

–Ley 5/1990, de 30 de noviembre, de relaciones entre las diputaciones provinciales y la comunidad autónoma.

Galicia:

–Ley 11/1983, de 29 de diciembre, de actuación intensiva en las parroquias rurales.

–Ley 12/1988, de 27 de diciembre, de asignación de recursos para la cooperación local.

–Ley 8/1989, de 15 de junio, de delimitación y coordinación de competencias de las diputaciones provinciales de la Comunidad Autónoma de Galicia.

–Ley 13/1989, de 10 de octubre, de montes vecinales en mano común.

–Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia.

Madrid:

–Ley 6/1986, de 25 de junio, de iniciativa legislativa popular y de los ayuntamientos.

–Ley 1/1987, de 5 de marzo, de cementerios supramunicipales.

–Ley 4/1992, de 8 de julio, de coordinación de policías locales.

Murcia:

–Ley 7/1983, de 7 de octubre, sobre descentralización territorial y colaboración de la comunidad autónoma con las entidades locales.

–Ley 9/1984, de 22 de noviembre, de iniciativa legislativa popular, de los ayuntamientos y las comarcas.

–Ley 5/1988, de 25 de agosto, de coordinación de policías locales.

–Ley 6/1988, de 25 de agosto, de régimen local.

–Ley 9/1994, de 30 de diciembre, por la que se crea el Consejo Regional de Cooperación Local.

Navarra:

–Ley 4/1984, de 2 de febrero, sobre adopción de acuerdos por las corporaciones locales.

–Ley 4/1985, de 25 de marzo, de iniciativa legislativa de los ayuntamientos.

–Ley 2/1986, de 17 de abril, reguladora del control de la legalidad y del interés general de las actuaciones de las entidades locales.

–Ley 1/1987, de 13 de febrero, de cuerpos de policía de Navarra.

–Ley 6/1990, de 2 de julio, de Administración local.

–Ley 12/1991, de 16 de marzo, reguladora del proceso electoral en los concejos.

–Ley 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra.

País Vasco:

–Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la comunidad autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos.

La Rioja:

–Ley 2/1989, de 23 de mayo, reguladora de la procedimiento de agrupación de municipios para sostenimiento en común de personal.

–Ley 3/1993, de 22 de septiembre, de régimen local de La Rioja.

Comunidad Valenciana:

–Ley 2/1983, por la que se declara de interés general por la Comunidad Valenciana de determinadas funciones propias de las diputaciones provinciales.

–Ley 4/1995, de 16 de marzo, por la que se regula el Consell Metropolità de l'Horta.

–Ley 6/1999, de 19 de abril, de coordinación de policías locales. ■

Las relaciones de puestos de trabajo y la gestión de la función pública local¹

1. Introducción.
2. El régimen jurídico de las relaciones de puestos de trabajo en el ámbito local.
3. La naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo.
4. El procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.
5. El régimen jurídico de los puestos.
6. El contenido de las relaciones de puestos de trabajo.
 - 6.1. La denominación de los puestos de trabajo.
 - 6.2. Las características esenciales de los puestos.
 - 6.3. Las retribuciones complementarias.
 - 6.4. Los requisitos exigidos para el desempeño de los puestos de trabajo.
7. Los efectos de las relaciones de puestos de trabajo.

Joan Mauri Majós

*Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. Ponencia presentada al Curso sobre empleo local, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, en Huesca, el día 4 de abril de 2003.

1. Introducción

Las relaciones de puestos de trabajo (RPT) constituyen un instrumento esencial para una gestión avanzada de los recursos humanos en nuestras administraciones públicas. El artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), las define como el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, y se precisan los requisitos para su desempeño. A mi juicio las RPT son alguna cosa más: constituyen el instrumento esencial para conectar las necesidades de la organización con el estatuto del personal a su servicio.

En este sentido conviene no olvidar que las RPT cumplen las siguientes funciones:

- a) Ordenación del contenido funcional de los puestos de trabajo y racionalización de los mismos de acuerdo con las necesidades de los servicios.
- b) Determinación de los requisitos adecuados para el desempeño de los puestos de trabajo sobre los que se han de articular los posibles itinerarios de carrera profesional de los funcionarios públicos.
- c) Determinación de las características retributivas de los puestos de trabajo con efectos diversos sobre sus condiciones de trabajo.

Precisamente, como expresión de la potestad administrativa de organización de los servicios, las RPT se proyectan sobre distintos ámbitos funcionales de la gestión de personal, básicamente en los campos siguientes:

- a) Creación, modificación y supresión de los puestos de trabajo.
- b) Determinación de su contenido funcional y retributivo.
- c) Determinación del régimen jurídico del personal.
- d) Selección y provisión de puestos de trabajo.
- e) Concreción de condiciones de trabajo relacionadas con las circunstancias especiales de desempeño de la actividad del puesto.

Y aunque a partir de estas notas puede deducirse que las RPT juegan un papel fundamental en nuestro sistema de función pública, lo cierto es que su régimen jurídico no está exento de una enorme inseguridad, que se refleja en la conflictividad jurídica que arrastra la elaboración y la aplicación de este tipo de instrumentos de gestión del personal.

La parquedad y la imprecisión de las normas reguladoras de las RPT provocan serias dudas sobre la mayoría de los aspectos que conforman su régimen jurídico. Las normas jurídicas reguladoras del proceso de confección de las RPT de nuestras entidades locales, la naturaleza jurídica de este tipo de instrumentos, su procedimiento de elaboración, su contenido esencial y, finalmente, los efectos que pueden derivarse de su aprobación, constituyen otros tantos interrogantes que se ciernen sobre el

régimen jurídico de estos instrumentos, al despeje de los cuales, todo dicho sea de paso, ha ayudado bien poco una jurisprudencia vacilante y contradictoria, excesivamente respetuosa con la potestad de organización de la Administración y renuente a una revisión en todos sus extremos del uso que de la misma se hace por los poderes administrativos, posición que a punto está de acabar con la capacidad funcional de este instrumento para la regulación de la estructura interna de nuestra Administración.

2. El régimen jurídico de las relaciones de puestos de trabajo en el ámbito local

El Real decreto 861/1986, de 25 de abril, regula el régimen retributivo de los funcionarios de la Administración local a través de la confección de un catálogo de puestos de trabajo, hasta tanto se dicten por la Administración del Estado las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo-tipo y las condiciones requeridas para su creación.

El catálogo de puestos de trabajo se constituye así en un instrumento transitorio configurado para asignar el complemento de destino a cada puesto de trabajo y la cuantía del complemento específico a los puestos que les corresponda en espera de la elaboración de la correspondiente relación de puestos de trabajo. Sin embargo, a la nota de provisionalidad del catálogo, podemos añadirle la del incumplimiento de su contenido. Ciertamente, el catálogo ha de incluir todos los puestos de trabajo de una entidad local, pero las determinaciones que ha de recoger para cada uno de ellos son exclusivamente las retributivas, es decir, el complemento de destino y, siempre que sea preciso, el complemento específico.

El artículo 16 de la LMRFP establece que las entidades integrantes de la Administración local formarán también la relación de puestos de trabajo existentes en su organización, que deberán incluir en todo caso la denominación y las características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. Estas relaciones de puestos de trabajo serán públicas.

Dicho precepto se complementa con lo regulado en el artículo 90 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local (LRBRL), donde se señala que las corporaciones locales formarán la relación de puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre la función pública, correspondiendo al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo-tipo y las condiciones requeridas para su creación. Este mandato coincide con el preceptuado en el

artículo 129.2 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, que atribuye al Ministerio de Administración Territorial –Ministerio para las Administraciones Públicas– la competencia para establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse en las entidades locales las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo-tipo y las condiciones requeridas para su creación.

Sin embargo, pese a este específico encargo legislativo, lo cierto es que esta encomienda normativa no se ha ejecutado hasta el momento. A partir de aquí podría afirmarse que las entidades locales no pueden aprobar sus relaciones de puestos sin que el Estado haya dictado una normativa específica para su elaboración en el ámbito local.

A nuestro juicio, esta posición resulta difícilmente sostenible dado que la inactividad de los órganos del Estado no puede desembocar, al menos teóricamente, en un vacío normativo que comporte para las entidades locales una imposibilidad cierta de contar con un instrumento técnico esencial para la gestión de su personal.

A partir de aquí, pueden plantearse dos alternativas como posibles:

a) Entender que ante la omisión dilatada en el tiempo de una potestad armonizadora del Estado, respetando los preceptos básicos existentes, las comunidades autónomas pueden ejercer sus competencias de desarrollo normativo en esta materia, aceptando que en función del principio de paridad que se formula para las funcio-

nes públicas territoriales de cada comunidad autónoma, las normas que regulan la RPT y su elaboración en la legislación autonómica son de aplicación también a las entidades locales del correspondiente ámbito territorial.²

b) Optar por la aplicación directa de los preceptos básicos del Estado en materia de RPT dejando a cada entidad local la autonomía necesaria para que pueda cubrir el vacío legislativo existente con las normas del Estado, entendiendo que una vez que una entidad local opta por confeccionar una relación de puestos de trabajo, tal labor no puede estar despojada de límite legal alguno, remitiéndose al artículo 16 de la LMRFP y a las órdenes estatales que han regulado esos aspectos.³

A mi juicio la primera de las alternativas posibles es la más respetuosa con el sistema de distribución de competencias y permite dotar de un mayor margen de seguridad jurídica al proceso de conformación de las RPT de las entidades locales, cuya elaboración parece realizarse de una forma natural haciendo evolucionar los primitivos catálogos hacia instrumentos más elaborados, que materialmente pueden recibir el tratamiento de RPT.⁴

3. La naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo

La cuestión de la naturaleza jurídica de la relación de puestos de trabajo ha ido oscilando pendularmente entre aquellas posiciones que han afirmado su carácter de actos administrativos con destinatario plural y las que se han decidido por su configuración como dispo-

2. Al respecto resulta fundamental la doctrina contenida en la STS de 13 de noviembre de 1995 (Aranzadi 8625).

Las leyes municipales y de régimen local de las comunidades autónomas formulan el principio de identidad o paridad entre el régimen jurídico de la función pública de la Administración de la respectiva comunidad y el régimen jurídico de la función pública propia de las entidades locales de su territorio. Así, por ejemplo, el artículo 307.1 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña (LMRLC), nos dirá que: “El régimen estatutario de los funcionarios locales en cuanto a la adquisición y la pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas, los derechos sindicales y de participación, las vacaciones, las licencias y los permisos, los deberes y las responsabilidades y el régimen disciplinario serán idénticos a los de los funcionarios de la Administración de la Generalitat [...]”. También el artículo 239 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, sobre normas reguladoras de la Administración local de Aragón (LALA), establece que: “El régimen estatutario de los funcionarios locales en cuanto a la adquisición y la pérdida de su condición, las situaciones administrativas, los derechos sindicales, de negociación colectiva y participación, derechos, deberes y responsabilidades y el régimen disciplinario serán equivalentes a los de los funcionarios de la comunidad autónoma [...]”. Se dibuja así el llamado principio de identidad entre funciones públicas territoriales que parece pretender una construcción simétrica de la función pública de la comunidad autónoma y de la función pública local de su ámbito territorial que en otras latitudes –Francia– se ha construido jurisprudencialmente como un sucedáneo del principio de igualdad, tradicionalmente no invocable entre cuerpos diferentes. Dicho principio permite recubrir tres elementos diferentes: una concepción global común de las funciones públicas territoriales; una posibilidad de movilidad entre los funcionarios de una y otra Administración, y finalmente la equivalencia jurí-

dica en determinados aspectos del régimen jurídico de estos funcionarios. Al respecto, JORION, Benoît. “Le principe de parité entre fonctions publiques, un principe peau de chagrin”, *Revue Française de Droit Administratif* 14 (2) 1998, p. 341 y ss.

No estará de más subrayar que el artículo 291.2 de la LMRLC y el artículo 236.2 de la LALA, previenen que las corporaciones locales de su ámbito territorial formarán y aprobarán la relación de puestos de trabajo existentes en su organización, de acuerdo con la legislación básica de funcionarios de las administraciones públicas y la legislación de la función pública de la comunidad autónoma.

3. Tal como se hace en la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 15 de marzo de 1990, RGD 564 (1991); y en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de noviembre de 2000 (JUR 313104/2000). La STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 2002 (JUR 199108/2002) y la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 17 de julio de 1998 (RJCA 1998/2826), limitan la aplicabilidad estricta de las normas estatales a las que tienen naturaleza básica, considerando que no debe extenderse a la Administración local cualquier regulación que la Administración del Estado pueda dictar para sí misma.

4. Debemos señalar que al margen de la apariencia formal de la denominación utilizada, a un catálogo de puestos de trabajo se le puede dar el significado funcional de una relación de puestos siempre que su contenido integre los elementos esenciales de este instrumento. De aquí que el tema de la definición exacta de un contenido mínimo de las RPT se convierta en un aspecto esencial de su régimen jurídico si se pretende mantener un orden de clasificación fundamentado en los aspectos materiales de las RPT, como se dice en las STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8625) y 23 de enero de 1997 (RJ 1997, 414).

siciones de carácter general con vocación de permanencia y estabilidad.

Quienes defienden la postura de que nos encontramos frente a actos administrativos se basan en que se trata de actos en materia de personal, con destinatario plural, sin capacidad para incidir en la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos e innovar el ordenamiento jurídico, constituyendo meras aplicaciones de las normas contenidas en la legislación de la función pública y en las normas que la desarrollan.⁵

La mayoría de nuestra doctrina parece haber concluido, en cambio las relaciones de puestos de trabajo son verdaderas normas jurídicas por su carácter innovador de las situaciones jurídicas, su abstracción, su vocación de permanencia y su capacidad para convertirse en el parámetro de control de una serie sucesiva de actos de aplicación.⁶

Finalmente, algunos autores parecen situarse en una posición ecléctica, defendiendo que se trata de un producto intermedio entre la categoría de acto y de disposición de carácter general,⁷ o bien que, aun siendo materialmente actos plúrimos con destinatarios indeterminados, tienen cierta vocación normativa y cumplen una función muy semejante a los reglamentos.⁸

La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo ha abordado esta cuestión en numerosas ocasiones,⁹ pasando de un momento inicial en que se inclinaba por considerar la relación de puestos de trabajo como un acto administrativo plural,¹⁰ a un segundo momento en que se entiende que las relaciones de puestos de trabajo participan de la naturaleza propia de las disposiciones generales,¹¹ posición que será sustituida con posterioridad por una tercera tesis que mantiene el carácter administrativo de este tipo de instrumento y su consideración como acto plúrimo aunque desde un punto de vista estrictamente procesal puedan recibir el tratamiento propio de las disposiciones de carácter general,¹² para volver en una última y cuarta vuelta de tuerca final

a la consideración de las relaciones de puestos de trabajo como normas jurídicas.¹³

Lo cierto es que estas diversas construcciones jurídicas no son sino el resultado de la resolución de problemas concretos que se abordan sin una especial reflexión sobre el perfil general de las instituciones que entran en conflicto.

Así, la definición de las RPT como actos administrativos parece provenir de la imposibilidad de aplicar a la confección de las RPT el régimen jurídico de la elaboración del reglamento ejecutivo que comporta los pertinentes informes técnicos y jurídicos, seguidos de los correlativos trámites de información y audiencia. En esta misma dirección la carga de publicación en el correspondiente diario oficial, incluso de las modificaciones menores de unos concretos puestos de trabajo, acorde con el régimen de publicaciones de las normas jurídicas, parece haber pesado decisivamente en la adopción del correspondiente régimen jurídico.

Sin embargo, el cierre de estos problemas con la calificación de la relación como acto administrativo significa la apertura de otros no menores estrechamente relacionados con el derecho a la tutela judicial efectiva, como puede ser la aplicación de la teoría del acto firme y consentido a la aplicación demorada de las previsiones de las RPT a través de las correspondientes convocatorias de provisión de puestos de trabajo, que resultan no susceptibles de impugnación por limitarse a la reproducción del contenido de una relación que no fue impugnada en el plazo previsto. Igualmente, la calificación de la RPT como acto jurídico arrastra el sistema de única instancia instaurado para las cuestiones de personal en nuestra legislación jurisdiccional.

Precisamente, la definición de las relaciones de puestos de trabajo como actos a los que a efectos procesales puede aplicarse el régimen jurídico de las disposiciones generales permite solucionar estos problemas, ya que autoriza la impugnación indirecta de la relación a través de sus actos de aplicación, consiguiéndose ade-

5. Esta posición se ha mantenido por FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, "Nuevos aspectos sobre la naturaleza de las estructuras orgánicas y relaciones de puestos de trabajo: Jurisprudencia reciente", *Revista Vasca de Administración Pública* 28 (1990), p. 77 y ss.; MOREY JUAN, Andrés, "Las relaciones de puestos de trabajo: su naturaleza jurídica y problemática", *Revista General del Derecho* 670-671 (2000), p. 8990 y ss.; CORDERO SAAVEDRA, Luciano, "La controvertida naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las administraciones públicas", *Actualidad Administrativa* 26 (2002), p. 759 y ss.

6. Esta posición se mantiene por ALDOMÀ i BUIXADÉ, Josep, *Les relacions de llocs de treball de les administracions públiques*, Barcelona, 1996, p. 90 y ss.; MOREU CARBONELL, Elisa, "Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las administraciones públicas", *Revista de Administración Pública* 144 (1997), p. 415 y ss.; De VICENTE DOMINGO, Ricardo, *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, Valencia, 1997, p. 45 y ss.; GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, 2002, p. 186.

7. PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996, p. 555, se remite a la STS de 29 de noviembre de 1994 (Aranzadi 9336), según la

cual las RPT: "[...] pueden considerarse como el filo de la balanza entre ambas calificaciones".

8. BERMEJO VERA, José. *Derecho administrativo básico*, p. 98. Zaragoza, 1998.

9. El Tribunal Constitucional ha eludido pronunciarse expresamente sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo, como se puede ver en las STC 48/1998, de 2 de marzo, y 156/1998, de 13 de julio. Tampoco se pronuncian expresamente las STC 159/1994, de 23 de mayo, y la 55/1995, de 6 de marzo, aunque de las distintas argumentaciones puede deducirse que la perspectiva ofrecida responde a la consideración de las RPT como disposiciones de carácter general.

10. STS de 28 de septiembre de 1987 (Aranzadi 6173).

11. STS de 10 de marzo de 1993, de 11 de marzo de 1994, de 19 de noviembre de 1994, de 25 de abril de 1995, de 6 de noviembre de 1995 y de 30 de septiembre de 1996 (Aranzadi 1933, 2071, 10685, 3397, 8165 y 6669).

12. STS de 3 de marzo de 1995 y de 28 de mayo de 1996 (Aranzadi 2305 y 4653).

13. STS de 12 de febrero de 2001 y las de 1 de octubre de 2001 (Aranzadi 676, 7673 y 8257).

más recuperar el régimen de doble instancia jurisdiccional propio de las normas reglamentarias. Lógicamente esto se hace sobre la base de la construcción de un *tertium genus* entre acto y disposición, cuya manifestación falta de fundamento jurídico ha sido justamente subrayada por la doctrina.¹⁴

A mi juicio, conviene reflexionar sobre la variedad de tipos jurídicos que se engloban bajo la denominación unitaria de reglamentos, dado el carácter absolutamente heterogéneo de las fuentes jurídicas. Precisamente, algunas normas pueden diferenciarse no tanto por su contenido sino por el tipo de potestad ejercida. Sin duda, una definición amplia del reglamento como norma jurídica con capacidad ordenadora incluiría tipos diversos como estatutos, planes o relaciones de puestos, pero dichos productos normativos presentan una serie de singularidades que pueden enlazarse sin un particular esfuerzo interpretativo con el ejercicio de potestades administrativas identificables, con la sustancia última del poder ejecutivo aunque distintas de la estricta potestad reglamentaria.¹⁵ Entre estas potestades hay que citar expresamente la potestad de planeamiento y la potestad de organización. Precisamente, la potestad de organización permite que la Administración dicte otras normas distintas de los reglamentos ejecutivos y de los reglamentos independientes. Aquí el criterio de incumplimiento de la norma general juega un extraordinario papel estrechamente relacionado con el principio de autonomía organizativa, relacionado con la conformación del objeto sobre el que se proyecta el poder o la potestad de autogobernarse, que no es otro que la propia organización municipal.

En definitiva, las normas de organización no pretenden la creación de derecho como complemento de la ley o de manera independiente a la propia ley, pretenden la ordenación concreta de una determinada organización definiendo los derechos de los funcionarios que penden en su concreción de las propias características y las necesidades de los servicios a desarrollar.

Conviene tener en cuenta que las normas sobre organización de los recursos humanos de las administraciones públicas no pueden alcanzar la realidad plural y diversa de los tipos institucionales administrativos exis-

tentes en nuestro país, sino que es necesario completar el marco legal de cada una con el ejercicio de la potestad de organización. En esta línea, las relaciones de puestos de trabajo cumplen tal función, y se constituyen en normas de referencia de la actuación administrativa para la gestión de la estructura de puestos de trabajo y su aplicación a los funcionarios que puedan ocuparlos. Como sucede con los planes de urbanismo, la función de las relaciones de puestos de trabajo no es la de desarrollar las previsiones legales al efecto que se limitan a establecer el contenido mínimo de la RPT, sino configurar la actuación de la Administración y condicionar el estatuto jurídico de los funcionarios públicos en una realidad concreta que dependerá de la política de recursos humanos que quiera desarrollar cada entidad.¹⁶

Estamos pues ante verdaderas normas jurídicas, funcionales a la organización administrativa, con capacidad para limitar la discrecionalidad de que goza la Administración pública para configurar su estructura y ordenar los medios personales, materiales y reales que se le encomiendan con objeto de que sea posible el ejercicio de su actividad.

Por ello, precisamente, las RPT constituyen una tipología peculiar de normas jurídicas, las llamadas *normas de organización*, derivadas de una potestad que permite un elevado grado de discrecionalidad para obtener la mejor combinación posible entre los recursos y las necesidades existentes, intentando conseguir como finalidad última que la relación de puestos de trabajo sea un diseño racional y realista, convenientemente adaptado, de las necesidades de la organización.

Al respecto, hay que advertir que en la confección de las RPT existe un substrato técnico fundamentado en el análisis y la clasificación de puestos de trabajo, en forma de una compleja actividad de la que las relaciones de puestos de trabajo son, en alguna medida, su reflejo formal, considerándose suficientemente significativa la imposibilidad de sustituir este proceso por otros trámites como pueden ser los de negociación con las organizaciones sindicales representativas de los empleados públicos.¹⁷

De aquí que nuestros tribunales se refieran a las relaciones de puestos de trabajo como normas que afectan a las potestades de organización de las administraciones

14. CORDERO SAAVEDRA, Luciano. "La controvertida naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las administraciones públicas", *Actualidad administrativa* 26 (2002), p. 759, nos dirá que a través de esta posición intermedia se propicia una ficción jurídica de difícil justificación.

15. En este aspecto seguimos el planteamiento de EMBID IRUJO, Antonio. "Potestad reglamentaria", *Revista Vasca de la Administración Pública*, 29 (1991), p. 76 y ss.

16. Tomamos este planteamiento de ALDOMÀ I BUIXADÉ, Josep, *Les relacions de llocs de treball de les administracions públiques*, Barcelona, 1996, p. 172. Esta misma concepción se desarrolla ampliamente en el trabajo de SIBINA TOMÁS, Domènec, "Examen de la jurisprudència del Tribunal Suprem en matèria d'ordenances locals", *Quaderns de Dret Local* 14 (1997), p. 59 y ss.

Muy ilustrativa resulta al respecto la STS de 10 de marzo de 1993 (Aranzadi 1933), donde se señala que las normas legislativas concernientes a las plantillas y las retribuciones de los funcionarios públicos sólo establecen criterios normativos muy generales, no susceptibles por sí solos de una aplicación a un supuesto concreto. Por el contrario, los acuerdos referidos a plantillas, retribuciones y relaciones de puestos de trabajo tienen en sí un similar sentido de abstracción y generalidad, y de temporalidad indefinida, si bien, con mayor concreción en su contenido, como complemento indispensable de la norma superior. El sentido ordenador de las mismas resulta así evidente, tratándose por su sustancia y su función de una auténtica norma, integrante del ordenamiento jurídico, que culmina, dándole concreción y permitiendo por tanto su efectiva aplicación, la ordenación iniciada por la norma legislativa.

17. STS de 10 de marzo de 1993 (Aranzadi 1933).

públicas sujetas en gran medida a criterios de mera evaluación técnica, en la confección de las cuales se ha de reconocer al órgano administrativo correspondiente una gran dosis de discrecionalidad.¹⁸

Precisamente, este planteamiento conlleva que determinadas valoraciones y decisiones técnicas relativas a la configuración de los puestos de trabajo y a la determinación de sus complementos retributivos queden reservadas a la Administración sin que los tribunales puedan sustituirlas, dado que ésta conserva la posibilidad de dar a la ordenación anulada el contenido que se considere más adecuado y conveniente, siempre dentro de los límites definidos por el ordenamiento jurídico.¹⁹

A partir de estos datos diferenciales podemos definir las relaciones de puestos de trabajo como verdaderas normas reglamentarias, expresión de la potestad de organización de las administraciones públicas, elaboradas sobre la base de un criterio estrictamente técnico y orientadas a la ordenación de las estructuras administrativas y de los recursos humanos que las sirven, con la finalidad última de conseguir una eficaz y racional cobertura de las necesidades de los servicios públicos.

4. El procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general

La legislación vigente sobre elaboración de las relaciones de puestos de trabajo no contiene una remisión expresa a un procedimiento determinado para su elaboración.

El artículo 16 de la LMRFP contiene única y exclusivamente la necesidad de publicidad de las RPT. La Exposición de motivos de la LMRFP se refiere a “la realización de los estudios precisos para la clasificación de los puestos de trabajo”. Estas escasas referencias se completan con la previsión establecida en el artículo 32.d) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas (LORAP), en el que se establece que será objeto de negociación la clasificación de puestos de trabajo. Precepto que parece presentar una cierta incompatibilidad con la previsión establecida en el artículo 34.1 del mismo texto legal, donde se señala

que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, en el bien entendido de que cuando las consecuencias de las decisiones organizativas de las administraciones públicas puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la consulta a las organizaciones sindicales con capacidad para estar presentes y actuar en la correspondiente mesa de negociación.

Del conjunto de previsiones normativas que hemos mencionado puede desprenderse con facilidad que existen como mínimo una serie de tres trámites en el procedimiento de aprobación de una relación de puestos de trabajo que pueden formularse de la forma siguiente:

a) Necesidad de un procedimiento técnico de formación de una propuesta de clasificación de puestos de trabajo.

b) Negociación o consulta, siempre que se afecte a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, con las organizaciones sindicales con representación en la mesa de negociación del ámbito de referencia.

c) Publicidad de las relaciones de puestos de trabajo.²⁰

Abierta de esta manera la cuestión, lo primero que debemos plantearnos es si estos trámites se han de desarrollar en el marco del procedimiento general de elaboración de reglamentos, más concretamente del procedimiento general de elaboración de ordenanzas locales previsto en los artículos 47, 49 y 70.2 de la LRRL, o si constituyen por sí mismos un procedimiento especial de elaboración del particular instrumento de ordenación que resultan ser las RPT.

Al respecto, hemos adelantado ya nuestra opinión de que los instrumentos normativos responden hoy en día una buena cantidad de fuentes peculiares diferenciadas por su forma y sus efectos jurídicos. Esta variedad depende de la ley constitutiva de la fuente normativa que puede disponer de sus aspectos formales de la manera que considere oportuna, ya que no existe una única forma de producción y expresión formal de la actividad normativa de los órganos de gobierno. Es más, la doctrina ha destacado la tendencia existente a una procedimentalización atípica de las fuentes secundarias, en

18. STS de 25 de febrero de 1995 (Aranzadi 3397).

19. La Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de junio de 1995 (Aranzadi 5162), ha afirmado la competencia de los órganos administrativos para la modificación y la revisión de las relaciones de puestos de trabajo en los supuestos de anulación, como facultad inherente a la potestad de organización y al régimen jurídico de la función pública, sin que pueda ser sustituida por los tribunales de justicia; planteamiento que a nuestro juicio no es otra cosa que una aplicación al caso del artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA), que establece que los órganos jurisdiccionales del orden administrativo no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los

que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

En esta misma dirección, la STSJ de Galicia de 6 de octubre de 1999, *El Derecho* 41382/1999, afirmará que no es deseable que el tribunal se inmiscuya en funciones propias de la Administración municipal y ordene la creación de un puesto de trabajo. La STSJ de Murcia de 11 de febrero de 1998 (JUR 97854/1998) advierte que las valoraciones de puestos de trabajo constituyen una actividad de gestión que por su carácter técnico compete exclusivamente a la Administración y no a los tribunales.

20. Seguimos en estas líneas la formulación realizada por ALDOMÀ I BUIXADÉ, Josep. *Les relacions de llocs de treball de les administracions públiques*, p. 105 y ss. Barcelona, 1996.

función de las previsiones legislativas sobre posibles intervenciones participativas de instancias de diferente naturaleza, fundamentalmente de organizaciones sociales, directamente legitimadas para incidir en el contenido del acto normativo.²¹ En este ámbito la serie de trámites que refiere la legislación vigente en materia de elaboración de relaciones de puestos de trabajo se constituye en un procedimiento especial de un particular tipo de instrumento normativo que, a tenor de su carácter organizativo y de las reglas propias que rigen la materia, ha de ser aplicado por encima de las previsiones establecidas en el procedimiento estándar de elaboración de disposiciones de carácter general.²²

Clarificada esta cuestión, podemos analizar ahora brevemente los problemas que plantean los trámites enunciados como integrantes del proceso especial de elaboración de las RPT, en la forma siguiente:

1.º) Formación de la propuesta técnica de clasificación de puestos de trabajo. La creación de un sistema de clasificación de puestos de trabajo conlleva una serie de pasos o fases lógicas, las cuáles se mueven en un ámbito exclusivamente técnico. En este sentido la elaboración de una RPT conlleva siempre una evaluación o una valoración de tareas como título genérico que aplicamos a los métodos utilizados para el análisis, la descripción, la valoración y la clasificación de puestos de trabajo.

21. Al respecto, permítasenos la referencia al trabajo de PUCCINI, Giusto, "La potestà regolamentare del Governo nell'esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico", en CARETTI, Paolo y DE SIERVO, Ugo, *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991. Precisamente se insiste en la posibilidad legal de alterar el procedimiento típico de elaboración de disposiciones de carácter general recordando que en todo caso la naturaleza del acto normativo obliga a la presencia necesaria en el itinerario procedimental de una fase deliberativa por órganos representativos y de una fase de integración de la eficacia que se consigue a través del correspondiente régimen de publicación; en este sentido RESCIGNO, Giuseppe Ugo, *L'atto normativo*, Bologna, 1998.

En nuestro país se ha indicado que el ordenamiento jurídico español no contiene un único procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, sino que el procedimiento de producción se modula en función de los órganos en quienes recae la potestad de aprobación de este tipo de disposiciones y en función de la materia que se regula, tal como se puede ver en el documentado trabajo de MOROTE SARRIÓN, Vicente, *Las circulares normativas de la Administración pública*, Valencia, 2002, p. 265 y ss.

22. De aquí que no pueda parecernos acertada la jurisprudencia que enjuicia la regularidad de la elaboración de las RPT adoptando como parámetro de control el procedimiento común de elaboración de las disposiciones de carácter general.

La STS de 25 de abril de 1995 (Aranzadi 3397) toma como referencia para enjuiciar la técnica de elaboración del catálogo de puestos de trabajo de la Administración de la Generalitat de Cataluña, las normas estatales existentes en aquel momento sobre elaboración de disposiciones de carácter general, advirtiendo que deben adoptarse con las peculiaridades que se derivarían de la especificidad de los órganos y los procedimientos autonómicos y la peculiaridad de la disposición a la que se contrae a tenor de su carácter organizativo y de las reglas propias que rigen la materia. La STS de 10 de marzo de 1992 (Aranzadi 2140) anula los diversos acuerdos y los decretos adoptados por el Ayuntamiento de Alicante y su alcalde, por los que se da nueva estructura a la totalidad de la plantilla municipal por haber prescindido del trámite de información pública. La STSJ de Extremadura de 13 de marzo de 1990, *Revista general del derecho* 550-551 (1990), declara la nulidad del decreto de esta comunidad autónoma que aprueba la relación de pue-

El análisis y la descripción de puestos de trabajo presupone la recogida y la ordenación de la información procedente de los distintos puestos de trabajo con objeto de determinar el conjunto de tareas, actividades y funciones asignadas y las condiciones en que se desarrollan. El análisis del puesto conlleva su identificación y situación en el contexto global de la estructura organizativa y la compilación de la información y los datos sobre el puesto de trabajo. La descripción del puesto comporta su descomposición en función de las principales actividades o las tareas desempeñadas. En la descripción de los puestos de trabajo deben incluirse todos los elementos importantes de tipo profesional, como pueden ser las tareas esenciales del puesto, las responsabilidades principales, las competencias requeridas para su desempeño, la relación funcional del puesto con otros puestos y las condiciones específicas de trabajo.

La valoración del puesto de trabajo consiste en la selección y la definición de los factores característicos de los puestos que han de ser objeto de análisis y valoración, en la división de los factores en grados que exigen bases suficientes o determinados niveles de intensidad, frecuencia o habitualidad del factor o de alguno de sus componentes en el correspondiente puesto de trabajo, en la ponderación de los factores determinando

tos de trabajo del personal funcionario y eventual de su Administración, por no aparecer propuesta de quien tenga la iniciativa de la disposición, ni estudios o informes previos que garanticen la legalidad, el acierto y la oportunidad de la medida o los dictámenes y las consultas evacuados.

En cambio, la STS de 4 de abril de 1990 (Aranzadi 3628) advierte que las normas organizativas de adscripción y clasificación de unidades orgánicas y integración en ellas de los funcionarios no pueden estimarse como disposición reglamentaria con efectos trascendentes a toda la comunidad, sino como norma organizativa basada en criterios técnicos y objetivos funcionales, por lo cual no es exigible la información pública establecida para el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales. La STS de 26 de diciembre de 1990 (Aranzadi 10559) dirá que tratándose de una disposición general para cuya elaboración existe una regulación específica, solamente de forma supletoria serán de aplicación las normas establecidas para la elaboración de disposiciones de carácter general. La STS de 15 de diciembre de 1997 (Aranzadi 714) plantea que por lo que hace a las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de las disposiciones de carácter general habrá que tener en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate. En este mismo sentido, la STSJ de La Rioja de 27 de enero de 1994, *Actualidad administrativa* 5-1994, afirma que el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Logroño, referente a la estructura de la Administración municipal y el catálogo y la definición de puestos de trabajo, al que se reconoce naturaleza reglamentaria, no precisa para su validez del trámite de información pública por tratarse de una norma organizativa basada en criterios técnicos y objetivos funcionales de adscripción y clasificación de unidades orgánicas. La STSJ del País Vasco de 16 de enero de 1997, *Revista general del derecho* 640-641 (1998) y la STSJ de Cataluña de 30 de diciembre de 2000, *Revista general del derecho* 680 (2001), consideran que el procedimiento descrito es el procedimiento aplicable para la adopción de este concreto acto normativo, que se impone como un procedimiento específico y obligado en el que se fija cuáles son los interesados en el acto y como debe ser la participación de los mismos; precisamente la peculiaridad del citado acto permite desechar otros interesados que no sea el personal de la correspondiente Administración pública debidamente representado por las organizaciones sindicales integradas en la correspondiente mesa de negociación.

su importancia relativa y en la asignación de puntos a cada grado de los factores, obteniendo así un instrumento de valoración o manual de valoración de puestos de trabajo que puede ser validado de distintas maneras. Precisamente, la valoración comporta el análisis técnico de la descripción de puestos de trabajo para medir el grado en que aparece cada uno de los factores válidos, obteniendo a través de la correspondiente asignación de puntos el valor total de cada puesto de trabajo, tarea que puede ser desarrollada técnicamente o con auxilio de un comité de valoración o clasificación de puestos de trabajo con participación de los representantes del personal.

Finalmente, la clasificación de puestos de trabajo supone su agrupación en función de la puntuación asignada en una serie de intervalos, de manera que a todos los puestos situados en el mismo intervalo se les pueda asignar el mismo valor final y, en consecuencia, el mismo valor retributivo. De esta manera, se intenta que las pequeñas diferencias de valor entre puestos que puedan ser debidas a imprecisiones o defectos en las fases previas de descripción y valoración queden absorbidas y compensadas.²³

Lógicamente, dicho proceso plantea una serie de interrogantes jurídicos que conviene enunciar y intentar resolver.

Por lo que hace referencia a la descripción de puestos de trabajo no han faltado impugnaciones fundamentadas en la falta de descripción de los correspondientes puestos de trabajo por sus respectivos ocupantes, formulándose de esta manera la cuestión de si la Administración está obligada a describir todos los puestos de trabajo, ostentando el funcionario un derecho al análisis individualizado de su posición laboral, o si es suficiente el tratamiento de una muestra significativa de puestos. En principio, no parece existir una obligación de descripción y análisis individualizado y casuístico de todos y cada uno de los puestos de trabajo, pudiendo extraerse la información necesaria para realizar la oportuna valoración del puesto del análisis de una muestra significativa de un conjunto de puestos de trabajo que tengan las mismas características y el mismo contenido funcional.²⁴

En la fase de valoración se plantea la cuestión de si la Administración dispone de la suficiente discrecionalidad para seleccionar los factores de valoración que habrán de aplicarse a los correspondientes puestos de trabajo. Pregunta que hay que contestar negativamente,

dado que una de las finalidades principales de la valoración consiste en la correspondiente especificación retributiva de los puestos. Precisamente, el complemento específico se constituye como un complemento factorial que atiende a los criterios de especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, tal como se puede ver en el artículo 23.3.b) de la LMRFP. Más aún, el Real decreto 158/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el Real decreto 861/1986, de 25 de abril, en lo relativo al complemento de destino de los funcionarios de la Administración local, en su artículo único nos dirá que el Pleno de cada corporación local asignará nivel a cada puesto de trabajo atendiendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que este situado el puesto de trabajo. De aquí puede deducirse con facilidad que los factores que han de servir para la valoración de los puestos de trabajo en el ámbito de la Administración local son los de especial dificultad técnica, especialización, responsabilidad, competencia, mando, complejidad, dedicación, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En este sentido, parece que la Administración tiene reducida su discrecionalidad en el momento de seleccionar los factores a valorar, actuando los enunciados como una lista cerrada a la que no puedan añadirse otros, sin perjuicio de que los existentes puedan descomponerse en subfactores o criterios que guarden la debida conexión con el factor principal.

Debe señalarse también la categorización que se ha hecho de las decisiones adoptadas por los comités técnicos de valoración que, cuando existen, precisamente por su contenido técnico, gozan de una presunción de acierto, equiparable a la denominada *discrecionalidad técnica* que tienen los tribunales de selección en orden a valorar los ejercicios y los méritos de los concursantes de las plazas.²⁵ Asimilación que en principio parece discutible, ya que la discrecionalidad técnica de los tribunales de selección se obtiene de la aplicación de los principios de especialidad y imparcialidad a sus miembros, principios que parecen descontarse en esta concepción y que, a mi parecer, juegan un papel fundamental situándose como un dato previo a la presunción de acierto de la decisión técnica.

2.º) Negociación o consulta, siempre que afecte a las condiciones de trabajo, con las organizaciones sindicales representativas.

23. Para la redacción de los párrafos relativos al proceso de descripción, análisis y valoración de puestos de trabajo, nos hemos basado en ALDOMÀ I BUIXADÉ, Josep, *Les relacions de llocs de treball de les administracions públiques*, Barcelona, 1996, p. 109 y ss., y en ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *La clasificación profesional del trabajador: Tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Sevilla, 2002, p. 168 y ss.

24. STS de 21 de octubre de 1993 (Aranzadi 7339).

25. STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 1999 (Aranzadi 844); STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2001 (JUR 148919/2001).

Como hemos dicho, entre las materias que han de ser objeto de negociación está la clasificación de los puestos de trabajo, tal como señala el artículo 32.d) de la LORAP, cuyo párrafo b) incluye también dentro del espacio negocial la determinación y la aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos. Como también hemos avanzado, la determinación exacta de esta materia puede revestir cierta dificultad, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LORAP, que excluye del ámbito de la negociación las potestades de organización de la Administración.

En todo caso, conviene que desde el principio matemos que ese trámite de negociación o consulta se refiere específicamente a las organizaciones sindicales representadas en la correspondiente mesa de negociación, afirmación que supone eliminar la competencia de las juntas de personal para el conocimiento de las materias relativas a las relaciones de puestos de trabajo.²⁶

Por lo que hace al ámbito material de la negociación, podemos llegar a identificar hasta tres posiciones distintas:

a) La primera considera que las RPT son esencialmente instrumentos de organización, y por ello han de quedar excluidas de la obligatoriedad de la negociación con arreglo al artículo 34.1 de la LORAP.²⁷ A resaltar que en algunos casos está exclusión del ámbito de la negociación se hace sin perjuicio de las facultades de consulta que corresponderían a las organizaciones sindicales en aquellos aspectos de las RPT que puedan afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.²⁸

b) La segunda considera que el artículo 32.d) de la LORAP impone un deber de concertación de la clasificación de puestos de trabajo cuya expresión última es la RPT que ha de ser objeto de negociación con las correspondientes representaciones sindicales.²⁹ En todo caso, esa posición se matiza distinguiéndose entre la necesaria negociación de la elaboración inicial de la RPT y sus modificaciones y actualizaciones posteriores de carácter puntual, que quedan excluidas de una negociación

que se entiende como un procedimiento de elaboración de las políticas de personal, dejando al margen sus aplicaciones individuales y concretas. Una manifestación concreta de esta posición se puede encontrar en algún pronunciamiento en el que se subraya que la materia negocial se refiere, única y exclusivamente, a los criterios generales de valoración de los puestos de trabajo y no alcanza a la aplicación individual de dichos criterios.³⁰

c) Finalmente, una tercera posición entiende que las incongruencias planteadas por la LORAP se han de superar sin anular ninguno de sus preceptos, manteniendo las potestades de organización de la Administración, pero también el derecho a la negociación colectiva de los representantes de los funcionarios.³¹

Dicha posición, que se suscribe, conlleva un proceso de diferenciación en el que parece lo más adecuado partir de la concepción del proceso de clasificación de puestos de trabajo como una actividad compleja en la que pueden distinguirse las fases ya enunciadas. A mi entender, debería reservarse a las facultades de organización de la Administración las tareas de análisis y descripción de puestos de trabajo, incluyendo en esta última la especificación de sus características esenciales y los requisitos básicos exigidos para su desempeño. En cambio, pienso que el proceso de clasificación y valoración de puestos de trabajo debería abrirse a la actividad negocial, a la que correspondería el establecimiento de los correspondientes criterios en orden a la selección, la graduación, la ponderación y la asignación de factores y puntos, y la definición de intervalos a efectos de la pertinente clasificación de puestos de trabajo.

Dicho esto, entiendo que hay que distinguir aún entre aquella actividad de organización que puede tener reflejo en las condiciones de trabajo de los funcionarios y la puramente organizativa. En este sentido, me parece que aspectos tales como la creación o la supresión de los puestos de trabajo, su denominación o la definición de sus características esenciales deberían quedar al

26. Tal como hace en la STS de 29 de noviembre de 1994 (Aranzadi 9336) y en la STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 2000, *El Derecho* 29350/2000. De aquí nuestra sorpresa ante determinadas normas de elaboración de las RPT, como puede ser el Decreto 40/1991, de 4 de abril, sobre relaciones de puestos de trabajo del Principado de Asturias, cuyo artículo 4.1 establece que las actualizaciones y las modificaciones de las RPT se aprobaran oída la Junta del Personal Funcionario de esta comunidad autónoma.

27. Como se afirma en las STS de 25 de noviembre de 1997 (Aranzadi 9503); STSJ de Baleares de 26 de septiembre de 1991, *Revista general del derecho* 568-569 (1992); STSJ de Canarias de 21 de enero de 1994, *Actualidad administrativa* 2 (1994); STSJ de 5 de octubre de 1999, *El Derecho* 50704/1999; STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 1999, *El Derecho* 54845/1999; STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 1999, *El Derecho* 54847/1999; STSJ de Madrid de 9 de febrero de 2000, *El Derecho* 64166/2000.

28. STS de 16 de noviembre de 2001 (Aranzadi 9752). En esta misma dirección las STSJ de Cataluña de 30 de diciembre de 2000, *Revista general del derecho* 680 (2001).

29. STS de 14 de abril de 2000 (Aranzadi 4823); STS de 3 de mayo de 2000 (Aranzadi 4573); STSJ del País Vasco de 23 de enero de 1998 (Aranzadi 311);

STSJ de Andalucía, Sevilla, de 24 de septiembre de 1998 (Aranzadi 4581); STSJ de Castilla y León, Burgos, de 22 de noviembre de 1999, *El Derecho* 59637/1999; STSJ del País Vasco de 23 de diciembre de 1999, *El Derecho* 59420/1999; STSJ del País Vasco de 22 de abril de 2000 (Aranzadi 1743); STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2000, *El Derecho* 54983/2000; STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de septiembre de 2000, *El Derecho* 62424/2000; STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2002 (JUR 173545/2002); STSJ del País Vasco de 20 de diciembre de 2002 (JUR 84969/2002).

30. STS de 22 de diciembre de 2002 (Aranzadi 8190); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 12 de marzo de 1998 (Aranzadi 821); STSJ de Galicia de 6 de febrero de 2002, *El Derecho* 18471/2002. En cambio, la STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 1995 (Aranzadi 1837) nos dirá que el acto de modificación de un catálogo de puestos de trabajo entra dentro del ámbito de la negociación.

31. Tal como se plantea en ROQUETA BUJ, Remedios, "El contenido de la negociación colectiva en materia de clasificación de puestos de trabajo y de retribuciones de los funcionarios locales", *Poder judicial* 43-44 (1996-II), p. 312 y ss.

margen del proceso de información sindical, mientras que deberían ser objeto de consulta los requisitos exigidos para el desempeño de los correspondientes puestos de trabajo, por su capacidad para condicionar la carrera de los funcionarios públicos, o las prescripciones relativas a las condiciones de trabajo de los puestos –dedicación, incompatibilidad, jornada–, que pueden influir correlativamente sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios que pueden ocuparlos.

De la casuística elaborada por la jurisprudencia que se ha ocupado de estas cuestiones, podemos deducir que las potestades de organización integran las siguientes operaciones:

a) Las disposiciones sobre estructura orgánica y la determinación de sus funciones.³²

b) La denominación del puesto en la forma que mejor convenga a sus intereses.³³

c) La creación y la supresión de puestos de trabajo y la determinación del número de sus dotaciones presupuestarias.³⁴

d) La definición del tipo y el régimen del puesto, su posición jerárquica y su contenido funcional.³⁵

e) La determinación del sistema de provisión y del grupo de titulación como requisito de desempeño del puesto.³⁶

A partir de aquí, con una razonable dosis de certeza, podríamos entender que según nuestra jurisprudencia corresponde a la potestad de organización de la Administración y, por lo tanto, se considera excluida de la negociación colectiva la creación y la definición de estructuras orgánicas y puestos de trabajo, la determinación del número de sus dotaciones, la concreción de su régimen jurídico y características esenciales, y el se-

ñalamiento como requisito del puesto del grupo de titulación. Ir más allá me parece precipitado dada la elevada fragmentación de las opiniones existentes en nuestros órganos judiciales.

3.º) Publicación de las relaciones de puestos de trabajo.

Parece existir una substancial coincidencia en que las relaciones de puestos de trabajo en su formulación inicial han de ser objeto de publicación en el correspondiente diario oficial. El problema se sitúa en el régimen de modificaciones que de forma puntual se produce sobre la matriz orgánica de la primitiva relación. En estos casos, por razones de eficacia, se acude a la publicación demorada de las adaptaciones realizadas con carácter trimestral o anual.³⁷ Conviene subrayar que en todo caso la publicación de las relaciones de puestos de trabajo se produce siempre en el correspondiente diario oficial. Cuestión distinta es si se considera aceptable la posibilidad de una publicación demorada, acudiendo a otros trámites sustitutivos de publicidad en el intervalo que pudiera producirse hasta la válida publicación en el periódico oficial.

Lo cierto es que la doctrina se ha mostrado crítica con este tratamiento de la cuestión, considerando que se desvincula la eficacia de la resolución de su publicación en el boletín oficial, admitiendo esta posibilidad sólo en aquellos supuestos en que la eficacia de la resolución y la publicación se demoran o cuando se sustituye la inmediatez de la publicación por una notificación individual a los interesados,³⁸ posición que hay que compartir aunque advirtiendo que nuestra jurisprudencia parece admitir sin recelo la demora de la publicación antes mencionada.³⁹

32. STS de 11 de febrero de 1997 y de 19 de octubre de 1999 (Aranzadi 1504 y 9367).

33. STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de julio de 2000, *Revista general del derecho*, 673-674 (2000).

34. STS de 31 de mayo de 1990 (Aranzadi 4138); STS de 5 de mayo de 1998, *El Derecho* 4300/1998; SAN de 28 de junio de 1999, *Revista general del derecho* 666 (2000); STSJ de Canarias de 4 de mayo de 1998 (Aranzadi 1370); STSJ de Andalucía de 9 de diciembre de 1998, *Revista general del derecho* 658-659 (1999); STSJ de Galicia de 4 de abril de 2000 (Aranzadi 972). En cambio, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de abril de 1998 (Aranzadi 1291), entiende que el sindicato había de ser consultado para la elaboración de una resolución que amortizaba puestos de trabajos.

35. STS de 16 de noviembre de 1995 (Aranzadi 9932); STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 1991 (Aranzadi 27); STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 27 de julio de 1993 (Aranzadi 3456); STSJ de Murcia de 10 de diciembre de 1999, *Actualidad administrativa* 6 (2000); STSJ del País Vasco de 13 de abril de 2000 y de 28 de diciembre de 2000, *El Derecho* 43947/2000 y 65311/2000. En cambio, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2000, *El Derecho* 54983/2000, planteará que la definición de los puestos y sus características ha de ser objeto de negociación.

36. STS de 16 de noviembre de 1995 (Aranzadi 9932), por lo que hace al grupo de titulación como requisito de desempeño del puesto. La STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 1997 (Aranzadi 912) considera que la Administración goza de una amplia potestad discrecionalidad para decidir la forma de provisión de los puestos de trabajo que han de constar en la correspondiente relación. La STSJ del País Vasco de 12 de mayo de 1997, *Actualidad administrativa* 11 (1997), entiende que la Administración en su diseño de un puesto de trabajo puede disponer que un determinado puesto

pueda estar servido por un funcionario que tenga una formación básica y específica y no otra de grado inferior o superior.

37. La Orden de 2 de diciembre de 1988 del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de Secretaría del Gobierno establece en su artículo quinto que periódicamente se publicaran en el *Boletín Oficial del Estado* las relaciones de puestos de trabajo actualizadas. El Decreto 140/1996, de 26 de julio, de normas sobre relaciones de puestos de trabajo de la Comunidad Autónoma de Aragón, prevé en su artículo 5 que las relaciones de puestos de trabajo se publicaran anualmente en el correspondiente boletín oficial, teniendo en cuenta que la revisión de niveles asignados a los puestos, la modificación de complementos específicos o la inclusión de nuevos puestos de trabajo únicamente podrán tener efectividad a partir del día 1 de enero del año siguiente. El Decreto 328/1993, de 28 de diciembre, sobre relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Generalitat de Cataluña, señala que el departamento competente procederá a publicar cada tres meses en el diario oficial las actualizaciones y las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo, sin perjuicio de la publicidad que por otros medios se pueda adoptar una vez aprobadas por el Gobierno y antes de su publicación oficial, advirtiendo, además, que una vez al año se procederá a la publicación de la refundición de las modificaciones de las relaciones de puesto de trabajo.

38. La STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 1991, *Revista general del derecho* 564 (1991), declara la validez de un reglamento organizativo de un cuerpo de funcionarios que no ha sido publicado aunque sí notificado a todos los interesados.

39. La SAN de 2 de octubre de 1997, *Revista general del derecho* 643 (1998), precisa que la publicación el BOE como parte del procedimiento de elaboración de las relaciones de puestos de trabajo viene referida a las relaciones

5. El régimen jurídico de los puestos

Según el artículo 15.1 de la LMRFP, las relaciones de puestos de trabajo comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual, así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral.

Por lo tanto, parece que la RPT se ajusta al criterio de complitud, es decir, las relaciones han de ser completas, imponiéndose a la Administración una obligación de realizar una clasificación global de todos los puestos de trabajo, consustancial con la función ordenadora que la legislación vigente encomienda a este instrumento y sobre la base precisamente de un elemental principio de seguridad jurídica.⁴⁰

En cambio, la relación de puestos de trabajo puede publicarse conjuntamente, incluyendo los puestos de trabajo de personal funcionario, eventual y laboral, o separadamente.⁴¹

Lógicamente, dicho precepto fuerza una clasificación de puestos de trabajo en función del régimen jurídico de sus posibles ocupantes, sin que sea posible su provisión indistinta por personal laboral y funcionario.⁴² A este respecto, el mismo artículo 15.1.c) de la LMRFP establece que, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado serán desempeñados por funcionarios públicos, y exceptúa una serie de impuestos tasados que pueden desempeñarse por personal laboral; excepción que tiene su fundamento en la naturaleza no permanente o instrumental de los puestos y a las actividades operativas que en los mismos puedan desarrollarse. Como se recordará, la redacción de este precepto proviene directamente de la modificación operada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, de resultas de la STC 99/1987, de 11 de junio, que declaró la falta de constitucionalidad del anterior redactado de este precepto, que atribuía a la Administración la especificación de aquellos puestos de trabajo que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservasen a los funcionarios públicos. En todo caso, conviene matizar que, según el artículo 1.3 de la LMRFP, el mencionado precepto no tiene naturaleza básica.

Precisamente, en la Administración local el régimen jurídico de la clasificación de los puestos de trabajo se rige por lo dispuesto en el artículo 92.2 de la LRBRL, donde se consideran funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a personal sujeto al estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de la función.

La falta de precisión a efectos clasificatorios de este precepto ha forzado una pluralidad de tesis interpretativas sobre los criterios a utilizar a efectos de clasificar el régimen jurídico de los puestos de trabajo en la función pública local.

Así, en primer lugar, se ha afirmado que el artículo 92.2 de la LRBRL no establece propiamente una enumeración cerrada de las funciones reservadas a los funcionarios de la Administración local, funciones que pueden ser susceptibles de concreción y delimitación si se interpretan, de conformidad con la doctrina constitucional, con el sentido y los criterios que establece la legislación estatal, es decir, con los criterios señalados en el artículo 15.1.c) de la LMRFP.⁴³

Una segunda opción ha pretendido un planteamiento extensivo de las funciones que según el artículo 92.2 de la LRBRL han de quedar reservadas a funcionarios a partir del concepto de “funciones que impliquen el ejercicio de autoridad”. Así se ha considerado que han de ser desempeñados por funcionarios públicos las jefaturas de grupo, negociado y sección por implicar ejercicio de autoridad.⁴⁴

Finalmente, la determinación y la regulación de las escalas y las subescalas correspondientes a la estructura profesional de los funcionarios locales que contienen los artículos 167 y siguientes del TRRL, se ha interpretado como un mandato a los entes locales que se verían imposibilitados de contratar personal laboral para el desempeño de puestos de trabajo en aquellos supuestos en los que se hubiera previsto la existencia de una

iniciales, mientras que cuando se trata de modificaciones posteriores de las mismas, tal publicación no se exige como parte del procedimiento sino que basta con una publicación periódica de las relaciones con las actualizaciones que se hayan producido.

40. Sobre el criterio de complitud de las RPT nos podemos remitir a DE VICENTE DOMINGO, Ricardo, *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, p. 58, Valencia, 1997.

41. El artículo 1 del Decreto 29/1994, de 7 de marzo, sobre criterios para la elaboración, la modificación o la actualización de las relaciones de puestos de trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, dispone que los puestos de trabajo de personal funcionario y de personal laboral se integrarán por separado en su respectiva relación, en razón de las sustanciales diferencias existentes en la naturaleza misma de los puestos.

42. Posibilidad que se rechaza en la STS de 11 de septiembre de 1993 (Aranzadi 6600) y en la STSJ de Andalucía, Granada, de 7 de octubre de 1996 (Aranzadi 1626), por entender que existe una natural incompatibilidad entre los correspondientes regímenes jurídicos.

43. STS de 3 de febrero de 1997 (Aranzadi 1522). En la misma dirección la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de diciembre de 2001 (JUR 95777/2001). Algún pronunciamiento ha optado por considerar que el artículo 15.1.c) de la LMRFP es un precepto de aplicación supletoria a todas las administraciones públicas, de conformidad con el criterio general de supletoriedad establecido en el artículo 1.5 de la LMRFP, tal como se puede ver en la STSJ de Castilla y León de 10 de julio de 1998, *El Derecho* 27871/1998.

44. STSJ de Andalucía, Granada, de 9 de marzo de 1998 (Aranzadi 2090).

escala o subescala de funcionarios.⁴⁵ Sobre esta base se ha afirmado que el TRRL contiene una opción clara y rotunda por la creación de plazas de funcionarios en el empleo público local.⁴⁶

En este panorama vino a incidir el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de noviembre de 1993, dictado para la solución del recurso contencioso-administrativo promovido por la Confederación Sindical de la Comisión Obrera Nacional de Cataluña contra el Decreto de la Generalitat de Cataluña 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprobaba el Reglamento de personal al servicio de las entidades locales de Cataluña (RPSEL), que había planteado una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 92.2 de la LRBRL, por entender que algunos preceptos del reglamento no eran sino una reproducción del precepto estatal de acuerdo con el llamado *principio de aplicabilidad y relevancia*.

Dicho auto entendió que el mencionado artículo 92.2 de la LRBRL, después de enumerar unas pocas funciones públicas que expresamente se reservaban a los funcionarios, añadía un último inciso: “[...] y en general, aquéllas que en el desarrollo de la presente ley se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de la función”, que suscitaba el problema de determinar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, si el mismo recogía las “condiciones y los límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración [...]”, o, antes al contrario, constituía una “[...] imprecisa referencia que no vincula efectivamente la decisión administrativa”. En opinión de la sala este párrafo sería inconstitucional por vulnerar el artículo 103.3 de la CE, teniendo en cuenta que el legislador ha vulnerado la reserva constitucional de ley, efectuando en la materia un apoderamiento a la potestad reglamentaria que excede los límites permitidos por aquella reserva, dado que los vocablos “objetividad, imparcialidad y independencia en el ejercicio de la función” no son sino conceptos jurídicos indeterminados que no pueden representar una vinculación efectiva para la Administración.

Como resultado del planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad recientemente se ha dictado la STC 37/2002, de 14 de febrero, cuyos fundamentos jurídicos se soportan sobre la base de las argumentaciones elaboradas por el abogado del Estado y el abogado del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, por

lo que consideramos obligada una referencia expresa a sus consideraciones para después comprender con mayor facilidad la resolución del Tribunal Constitucional.

La alegación del abogado del Estado se refiere expresamente a la locución del artículo 92.2 de la LRBRL que expresamente establece la reserva a los funcionarios de determinadas funciones públicas “[...] para la mejor garantía de la objetividad, la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de la función”. Este inciso, a juicio de esta representación, no ha de considerarse como una reserva residual, sino que de alguna manera integra el criterio de que los laborales que presten sus servicios en la Administración no podrán desempeñar funciones de una especial responsabilidad en garantía de la objetividad, la imparcialidad y la independencia. Es decir, aquéllos solamente podrán ocupar puestos que no requieran la adopción de decisiones de especial trascendencia. Además si se tiene en cuenta la primera parte del precepto relativa a las funciones que impliquen ejercicio de la autoridad y se interpreta conjuntamente con su párrafo final, puede llegarse a la conclusión que solamente se reserva al personal laboral en la Administración local el ejercicio de aquellas funciones no decisorias o que no impliquen una especial responsabilidad.

Precisamente, siempre a juicio del abogado del Estado, éste es el eje definidor de la nueva redacción del artículo 15.1.c) de la LMRFP, donde se recogen los puestos que podrán ser desempeñados por personal laboral, siendo el vínculo común a todos ellos su condición instrumental. En este sentido se considera que la naturaleza última de las funciones a desarrollar por personal laboral en la Administración del Estado puede resultar coincidente con el ámbito determinado para la misma tipología de personal en el artículo 92.2 de la LRBRL, es decir, las funciones instrumentales, al margen de las funciones decisorias o que impliquen responsabilidad.

Las alegaciones del abogado de la Generalitat de Cataluña discurren por otros derroteros. A juicio de esta representación, el artículo 92.2 de la LRBRL preserva y asegura la realización de determinadas funciones públicas en el ámbito de la Administración local por personas sujetas a la relación de función pública, añadiendo su inciso final –y, en general, aquéllas en desarrollo de la presente ley– la previsión de otras funciones no determinadas, que también quedaran reservadas a funcionarios en atención a las condiciones de objetividad, imparcialidad e independencia.

45. STSJ de Andalucía, Granada, de 26 de junio de 2000, *El Derecho* 26585/2000; STSJ de Baleares de 23 de junio de 2000, *El Derecho* 26215/2000; STSJ de Andalucía, Granada, de 6 de noviembre de 2001 (JUR 47449/2001); STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de noviembre de 2001 (JUR 93266/2001).

46. Tal como se afirma por PÉREZ LUQUE, Antonio, *La estructura de personal de las corporaciones locales*, p. 10 y ss. Granada.1999.

El hecho innegable de que no se concreten todas las funciones a realizar por personal funcionario parece responder, a juicio del abogado de la comunidad autónoma, a la naturaleza de norma básica del precepto mencionado. Precisamente, esta remisión a una norma posterior de desarrollo se ha de entender hecha principalmente a las normas dictadas por las comunidades autónomas con competencia en materia de régimen local.

Sobre la base de estas argumentaciones el Tribunal Constitucional no apreciará la inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña llegando a las conclusiones siguientes:

a) En las corporaciones locales, los funcionarios han de desarrollar las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, las calificadas como necesarias y las que se exigen para una mejor garantía de la objetividad, la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de la función.

b) Todas estas funciones expresan claramente que solamente se podrán desempeñar por personal laboral las funciones no decisorias o que no impliquen una especial responsabilidad, es decir, las funciones instrumentales.

c) La clasificación concreta de las funciones que pueden desempeñarse por personal laboral se ha de determinar teniendo en cuenta la normativa estatal pero también la normativa autonómica de desarrollo que en alguna de nuestras comunidades autónomas, como hemos visto, incorpora el principio de identidad del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración autonómica. Esto quiere decir que las normas que delimitan el espacio de la relación de función pública en el ámbito de la comunidad autónoma han de ser de aplicación al ámbito de la Administración local del territorio correspondiente.

6. El contenido de las relaciones de puestos de trabajo

Como ya hemos visto, el artículo 16 de la LMRFP dispone que las RPT que formen las administraciones locales

deberán incluir en todo caso la denominación y las características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. También conviene recordar que a efectos de integración podrán utilizarse las normas de la comunidad autónoma o las normas estatales sobre elaboración de RPT.

6.1. La denominación de los puestos de trabajo

La denominación de los puestos suele remitirse a la establecida por la estructura interna contenida en las normas de organización, sin perjuicio de la aceptación de aquellas denominaciones especiales definidoras de funciones específicas (interventor, secretario, tesorero). Igualmente, la denominación de los puestos de trabajo de base suele coincidir con la de la escala o la subescala correspondiente establecida para la estructura profesional de la entidad local en la correspondiente plantilla presupuestaria. Una mención especial merece la conexión que parece haberse establecido entre las denominaciones que resultan complementarias de las básicas establecidas para los distintos puestos de trabajo en aquellos supuestos en los que se asignan complementos específicos diferentes a puestos con la misma denominación básica e idéntico complemento de destino sobretodo en aquellas relaciones de puestos de trabajo que carecen de una descripción funcional del contenido del puesto. En este caso, la denominación complementaria parece actuar como un elemento mínimo de motivación que denota una justificación objetiva y razonable en la asignación de los correspondientes complementos específicos.⁴⁷

Las normas sobre relaciones de puestos de trabajo de determinadas comunidades autónomas completan el requisito de la denominación con la determinación del número de puestos o, más exactamente, con el de sus dotaciones presupuestarias para significar que el mismo género de puestos pueden estar servidos por un número determinado de plazas presupuestarias que pueden incrementarse o decrecer en función de las necesidades de los servicios.⁴⁸

Igualmente, la denominación del puesto de trabajo se puede acompañar de la determinación de su localiza-

47. La necesidad de esta denominación complementaria cuando se asignen complementos específicos diferentes a puestos con la misma denominación básica e igual nivel de destino se recoge para la Administración del Estado en el punto 3.3 de la Orden de 6 de febrero de 1989 del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, sobre modelos de relaciones de puestos de trabajo y normas para su elaboración.

La STSJ de Murcia de 19 de octubre de 1998 (Aranzadi 5598) rechazará la alteración de la denominación de un puesto de trabajo que pretende justificar una alteración retributiva que no se considera suficientemente justificada.

48. El artículo 2 del Decreto 40/1991, de 4 de abril, sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, advertirá que las RPT deberán reflejar las dotacio-

nes, entendidas como expresión del número de puestos de trabajo dotados presupuestariamente. El artículo 2.2 del Decreto 245/1991, de 23 de diciembre, de relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Generalitat Valenciana, señalará que en dichas relaciones se indicará el centro de destino al que se adscribe cada puesto de trabajo y su localidad y número.

La STSJ de Galicia de 30 de enero de 2002 (JUR 134807/2002), nos advertirá que todas las plazas de plantilla deben corresponder a puestos previstos en la RPT, aunque pueden existir puestos de trabajo sin dotación presupuestaria dada la conexión directa de la RPT con una estructura horizonte de naturaleza óptima que no tiene por qué estar presupuestada.

ción, sobre todo en aquellos casos en que la ubicación del puesto no coincide con la sede del centro gestor o unidad al que está adscrito.⁴⁹

6.2. Las características esenciales de los puestos

Dentro de las características esenciales de los puestos parece que podemos incluir el tipo de puesto, el sistema de provisión y una breve descripción de su contenido.

1.º) El tipo de puesto.

El tipo de puesto se refiere a su consideración de singularizado o no singularizado. Al respecto, se consideran puestos de trabajo singularizados aquellos puestos que por su denominación y contenido se diferencian de los restantes puestos de trabajo en la correspondiente RPT.⁵⁰ Dicha diferencia puede establecerse en las normas que definan la estructura interna de cada unidad, considerándose al respecto que los puestos correspondientes a jefaturas de unidades orgánicas y los que tengan atribuidas funciones de producción de actos susceptibles de causar efectos frente a terceros son por naturaleza puestos de trabajo singulares. Los restantes puestos de trabajo se consideran no singularizados. Precisamente, la calificación de un puesto de trabajo como no singularizado habilita a la Administración para el ejercicio de sus facultades discrecionales de adscripción por necesidades del servicio a funcionarios que ocupen dichos puestos a otros del mismo nivel de complemento de destino y complemento específico, siempre que para la provisión de esos puestos esté previsto el mismo procedimiento de provisión y no suponga un cambio de municipio. Se configura de esta manera un supuesto de movilidad funcional, como mecanismo excepcional de cobertura de un puesto de trabajo con objeto de facilitar la gestión y el aprovechamiento eficiente de los recursos humanos por necesidades del servicio.⁵¹ En

todo caso, no estará de más subrayar que los sistemas extraordinarios de provisión de puestos de trabajo por necesidades del servicio se fundamentan en la existencia de una clasificación previa de los puestos de trabajo obtenida a través de la correspondiente relación que permita su calificación como no singularizado y la consideración de su contenido retributivo y forma de provisión. De aquí que haya de considerarse como un sistema extravagante de provisión al margen de los procedimientos admitidos por la ley, merecedor de la sanción de nulidad, la posibilidad, que en otros momentos se ha reconocido al alcalde o presidente de la entidad local, de disponer libremente el traslado de un funcionario a cualquier puesto de trabajo de la entidad local por necesidades del servicio.⁵²

2.º) Los sistemas de provisión.

Los sistemas de provisión que pueden señalarse para la cobertura de los puestos de trabajo en una RPT son el concurso y la libre designación, sin perjuicio de que puedan utilizarse los sistemas extraordinarios de provisión cuando se den las circunstancias legalmente previstas y entre los puestos de trabajo que responden a las características que habiliten su utilización.⁵³

El procedimiento de concurso deberá ser el propuesto normalmente, reservándose el de libre designación para aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones. Al respecto, el artículo 101 de la LRBRL establece que serán de aplicación al ámbito de la Administración local las normas que regulen estos procedimientos en todas las administraciones públicas.

En la Administración del Estado sólo podrán cubrirse por el sistema de libre designación los puestos de subdirector general, delegados y directores territoriales, secretarías de altos cargos de la Administración y aquellos otros de carácter directivo o de especial responsa-

49. A título de ejemplo puede citarse el artículo 3.2.a) del Decreto 46/1990, de 28 de junio, de aprobación y modificación de relaciones de puestos y especialidades u opciones de distintos cuerpos de la Región de Murcia, donde se subraya que para cada uno de los puestos de trabajo se indicará su denominación y ubicación.

La STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 1996, *Revista general del derecho* 631 (1996), considerará que la sede del puesto de trabajo es uno de los elementos esenciales del mismo que no puede ser alterado sin seguir el procedimiento establecido para la modificación de puestos de trabajo.

Conviene tener en cuenta que en aquellas organizaciones con sede física en la misma localidad la teoría de la organización considera un movimiento a tener en cuenta dentro de la organización el llamado movimiento inclusivo que responde a la idea de ganar o perder centralidad física, es decir, la posición física dentro de la estructura de mando de una organización permite a esa persona ser más o menos partícipe de los asuntos de mayor interés de la organización. Tal como se puede ver en VALLE CABRERA, Ramón; ALCAIDE CASTRO, Manuel, "La gestión de carreras en las organizaciones", *Temas Laborales* 5 (1985), p. 45.

50. El artículo 2.2.d) del Decreto 40/1991, de 4 de abril, sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, en una expresión más afortunado nos dirá que se

considerarán puestos singularizados: "[...] los que tengan atribuido un contenido y unas funciones específicas que los distingan de los restantes puestos de trabajo análogos".

51. Tal como se puede ver en LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Provisión de puestos de trabajo en la Administración pública*, p. 194. Navarra, 2002.

52. Como se ha hecho constar en la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2002, que anula el artículo 111.a) y b) del Decreto de la Generalitat de Cataluña 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña (citamos por una copia de la sentencia original).

53. Nótese al respecto que la utilización del procedimiento de redistribución de efectivos previsto en el artículo 20.1.d) de la LMRF, se da entre puestos de trabajo con el mismo procedimiento de provisión. Igualmente, según el artículo 60.3 del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (RGIPP), la reasignación de efectivos derivada de un plan de empleo se da, en las primeras fases, entre puestos de trabajo con características similares que guarden semejanza en su forma de provisión.

bilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo.⁵⁴

Las normas sobre elaboración de puestos de trabajo de las comunidades autónomas remiten el procedimiento de libre designación a la cobertura de los puestos de trabajo siguientes:

a) Subdirectores generales, jefes de área, servicio o centro, en función de cuáles puedan ser los últimos niveles de la estructura orgánica que puedan ser cubiertos por funcionarios de carrera, y en razón de la competencia técnica necesaria y de los asuntos que puedan tratar o resolver, tomándose el nivel 28 como referencia a efectos de su determinación.

b) Delegados territoriales.

c) Secretarías y chóferes de altos cargos.

d) Aquellos otros que por razón de su carácter directivo, especial responsabilidad o por la naturaleza de sus funciones así se determine en la relación de puestos de trabajo, tomándose el nivel 26 como referencia para determinar los puestos de naturaleza directiva.⁵⁵

A partir de estos datos, podemos intentar aproximarnos a lo que podría ser una utilización racional del procedimiento de libre designación en nuestras entidades locales. En este sentido, consideramos que pueden cubrirse por libre designación aquellos puestos de trabajo que expresamente se señalen en la correspondiente relación de acuerdo con los criterios siguientes:

a) Los puestos correspondientes al último nivel de la estructura orgánica y de la estructura descentralizada o desconcentrada de la entidad local que puedan ser cubiertos por funcionarios de carrera.

b) Los puestos de trabajo de asesoramiento directo y los directores de unidades adscritas a los cargos locales.

c) Los secretarios particulares de los cargos locales.

d) Otros puestos de trabajo que así se determinen en atención a su carácter directivo y especial responsabilidad, para cuya concreción pueden ser de interés los criterios de competencia técnica y experiencia necesaria para su correcto desempeño, responsabilidad y trascen-

dencia de los asuntos que deban resolverse, volumen y complejidad de la gestión.

Nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la pertinencia del uso de los distintos sistemas de provisión para la cobertura de los correspondientes puestos de trabajo. Precisamente de esta jurisprudencia podemos entresacar las conclusiones siguientes:

a) El sistema de libre designación tiene carácter excepcional y se aplica a puestos determinados en la relación de puestos de trabajo, dependiendo la validez de su utilización de la determinación objetiva del sistema, de conformidad con la naturaleza y las características exigidas legalmente al puesto a través de la correspondiente relación.⁵⁶ Por tanto, el requisito ineludible y básico para la provisión de una plaza por el sistema de libre designación es que así esté definida en la relación de puestos de trabajo, la única que puede, debidamente aprobada, autorizar el uso de este procedimiento excepcional.⁵⁷

b) La naturaleza directiva del puesto se desprende en la jurisprudencia de nuestros tribunales del carácter del puesto como administrativo directo, es decir, no subordinado directamente a ningún otro puesto de trabajo reservado a un funcionario de carrera por ser el último escalón del nivel administrativo.⁵⁸

c) El concepto de especial responsabilidad, al añadir una nota diferencial a la natural responsabilidad que toda jefatura supone, precisa de una específica motivación.⁵⁹

d) El concepto de alto cargo no puede limitarse en el ámbito de la Administración local al presidente de la corporación, sino que comprende los regidores delegados, el interventor, el secretario, los directores de servicios de nombramiento directo y los grupos municipales.⁶⁰

e) El artículo 20.1.b) de la LMRFP condiciona la utilización del procedimiento de libre designación a su determinación en las RPT en atención a la naturaleza de las funciones del puesto de trabajo, sin que pueda susti-

54. Artículo 51.2 del RGIPP.

Según el punto 6 de la Orden de 6 de febrero de 1989, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, sobre modelos de relaciones de puestos de trabajo y normas para su elaboración, los llamados puestos de carácter directivo son los puestos de asesoramiento directo adscritos a cargos, no inferiores a nivel 28 de complemento de destino y las jefaturas de unidades administrativas directamente adscritas a cargos, cuyos niveles de complemento de destino no sean inferiores al 27 o 26, si se adscriben a grupos A y B, respectivamente, en las relaciones de puestos de trabajo.

55. Como se puede ver en las normas siguientes: artículo 93 del Decreto 123/1997, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Generalitat de Cataluña; artículo 3 del Decreto 85/1994, de 26 de abril, que modifica el Decreto de 23 de diciembre de 1991, sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Generalitat Valenciana; artículo 12 del Decreto 29/1994, sobre criterios para la elabora-

ción, la modificación o la actualización de relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 4.7 del Decreto 46/1990, de 28 de junio, sobre aprobación y la modificación de relaciones de puestos de trabajo y especialidades u opciones de los distintos cuerpos de la Administración pública de la Región de Murcia.

En todo caso, para el análisis del sistema de provisión de puestos de trabajo por libre designación hay que remitirse al trabajo de JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos*, p. 174 y ss. Oñati, 1996.

56. STSJ de Canarias, Las Palmas, de 10 de noviembre de 2001 (JUR 109412/2001); STSJ del País Vasco de 21 de septiembre de 2002 (Aranzadi 496).

57. STSJ de Murcia de 5 de junio de 1990, *Revista general del derecho* 565-566 (1991).

58. STSJ del País Vasco de 8 de junio de 2001 (JUR 304871/2001); STSJ del País Vasco de 19 de octubre de 2001 (JUR 80512/2002).

59. STS de 7 de mayo de 1993 (Aranzadi 3580).

60. STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2002 (JUR 196853).

tuirse este concepto y la pertinente valoración por el nivel del puesto de trabajo, prescindiendo de la naturaleza de la función.⁶¹

3.º) La descripción del puesto.

La descripción del contenido del puesto de trabajo demanda la especificación de aquellas tareas que constituyen su núcleo, permitiendo identificar y distinguir el puesto de trabajo dotándole de contenido, determinar su posición relacional con respecto a otros puestos de trabajo, justificar la exigencia de determinados requisitos para su desempeño, entendidos como enunciación de aquellas calificaciones y aquellas competencias subjetivas que se consideran necesarias para un desempeño satisfactorio del puesto de trabajo, y ofrecer una razonable explicación de las diferencias retributivas que puedan establecerse entre puestos similares o equiparables.⁶² De esta forma se satisfacen las finalidades ordenadoras de las RPT y se protegen con rigor y seguridad jurídica las diferentes expectativas de los funcionarios.⁶³

Sin embargo, lo cierto es que la descripción funcional de los puestos de trabajo ha sufrido una seria devaluación en las normas administrativas de elaboración de las relaciones y en la jurisprudencia que se ha ocupado de las mismas,⁶⁴ llegándose a admitir que el cometido esencial de un puesto de trabajo puede deducirse de su simple denominación,⁶⁵ o, lo que es peor, que las diferencias de nivel de complemento de destino y el distinto importe del complemento específico entre puestos con igual denominación pueden justificarse sobre la base de elementos o aspectos adicionales que se encuentran fuera de la relación, con lo que la función ordenadora propia de este instrumento de planificación y gestión del personal queda reducida a su mínima expresión.

De esta forma las RPT acaban por no tener identificadas y correctamente distribuidas sus funciones y, consecuentemente, los puestos de trabajo no están definidos por áreas o familias con merma de las expectativas retributivas y de carrera de los funcionarios públicos, perdiéndose la ocasión de establecer los perfiles profesionales de los puestos que puedan orientar el procedimiento de selección y provisión.

La doctrina más acertada en este campo subraya que la orden de convocatoria de una provisión de puestos de trabajo no es el instrumento jurídico previsto en

nuestro ordenamiento para determinar las características esenciales de los puestos ofrecidos, pues tal función esta reservada a las relaciones de puestos de trabajo, cuyo contenido ha de poseer un carácter suficientemente identificador de las tareas asignadas a los correspondientes puestos de trabajo dentro de la correspondiente estructura administrativa,⁶⁶ y cuya variación substancial debe suponer la correspondiente acción modificativa de dicha relación,⁶⁷ sin perjuicio de la función de especificación de las tareas propias del puesto de trabajo que puedan corresponder al órgano superior.⁶⁸

En este apartado, no estará de más recordar que algunas comunidades autónomas, como Andalucía y Murcia, incluyen como una de las características esenciales de sus puestos de trabajo la correspondiente área funcional. El área funcional se define como el conjunto de actividades y tareas homogéneas con características comunes respecto de los conocimientos y formación necesarios, así como de los procedimientos de trabajo utilizados. El despliegue del sistema pasa por concretar dichas áreas funcionales en el seno de cada Administración pública, enumerando las correspondientes actividades. Así, por ejemplo, la Orden de 14 de diciembre de 1998, de la Consejería de Presidencia de la Región de Murcia, enumera como áreas funcionales: las de gestión administrativa general; gestión económico-presupuestaria, financiera, control interno y contabilidad; tributaria; recursos humanos; jurídica; contratación y patrimonio; promoción y gestión de ayudas; inspección; planificación y estudios; información y atención al ciudadano; gestión técnica; investigación y experimentación; medio ambiente; capacitación y educación, administración sanitaria y prevención de la salud; sanitaria; asistencial; obras y infraestructuras; informática. Sin perjuicio de que puedan preverse áreas relacionales y agrupaciones de áreas, la virtualidad del sistema estriba en ofrecer mayores posibilidades de carrera administrativa y de especialización a los ocupantes de los puestos de trabajo integrados en la misma área sobre la base de una mejora de la valoración del mérito rotulado como trabajo desarrollado en los concursos de provisión. Se objetivan así los criterios de valoración de la experiencia profesional en el momento de la provisión de puestos y

61. STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2002 (fotocopia del original).

62. SAN de 12 de septiembre de 2002 (JUR 249009); STSJ del País Vasco de 6 de julio de 2001 (JUR 307772/2001).

63. STS de 30 de septiembre de 1996 (Aranzadi 6669).

64. Sólo algunas normas sobre elaboración de las relaciones de puestos de trabajo se refieren a esta característica esencial. Así, por ejemplo, el Decreto 140/1996, de 26 de julio, de normas sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, nos dirá en su artículo 5 que por lo que hace a las características del puesto se hará una descripción de su contenido que, generalmente, será tanto más breve cuanto menor sea el nivel.

65. STS de 3 de marzo de 1995 (Aranzadi 2305).

66. STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de junio de 2002 (Aranzadi 803).

Las normas de estructura suponen un límite a las RPT, al constituir el esqueleto de la organización administrativa, lo que supone que no puedan configurarse puestos de trabajo si no se hacen depender de una unidad administrativa previamente establecida, tal como acertadamente se plantea en la STSJ de Murcia de 22 de noviembre de 2000 (JUR 31450/2001).

67. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 de diciembre de 1998 (Aranzadi 5219).

68. STSJ de Murcia de 31 de enero de 2002 (JUR 88690/2002).

se permite una especialización de los funcionarios en su correspondiente área funcional.⁶⁹

6.3. Las retribuciones complementarias

Las relaciones de puestos de trabajo son el instrumento idóneo para la determinación del complemento de destino y, en su caso, la fijación del complemento específico. Por lo tanto, en dichas relaciones tendrá que constar el nivel del correspondiente puesto de trabajo y, si corresponde, la cuantía del complemento específico. No estará de más resaltar que las normas más modernas sobre elaboración de puestos de trabajo tienden a concretar dentro del complemento específico la clase de factor que se remunera, diferenciando principalmente los elementos del puesto de trabajo relacionados con el contenido del puesto de trabajo, como pueden ser la especial dificultad técnica o la responsabilidad, de los relacionados con las condiciones en que se presta la actividad del puesto, como pueden ser los de dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad.⁷⁰

1.º) El complemento de destino.

Por lo que hace al complemento de destino, se ha de señalar que todos los puestos de la relación han de tener atribuido un complemento de destino, correspondiente a un nivel situado en el intervalo de niveles admitido para el grupo o grupos de titulación con el que figuren clasificados. En este sentido el complemento de destino es un concepto retributivo de carácter objetivo y general, directamente vinculado al desempeño de un puesto de trabajo concreto con independencia de las características personales del funcionario que lo pueda desempeñar.⁷¹

De conformidad con lo establecido en el Real decreto 158/1996, de 2 de febrero, los intervalos de los niveles de puestos de trabajo de los funcionarios de la Administración local serán los que en cada momento se establezcan para los funcionarios de la Administración del Estado, asignándose nivel a cada puesto de trabajo aten-

diendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto de trabajo.

La redacción de este precepto esconde tras su aparente simplicidad una serie de problemas.

El primero, cuál pueda ser la concreta estructura de niveles establecida para los funcionarios de la Administración estatal que haya de servir de referencia en la atribución de niveles a los funcionarios de la Administración local. No olvidemos que el intervalo de niveles para los funcionarios de la Administración del Estado se ha determinado en el artículo 71 del RGIPP,⁷² pero dicho intervalo ha sido modificado al alza en el Acuerdo Administración-sindicatos sobre ordenación de retribuciones, suscrito el 1 de junio de 1998.⁷³

A partir de aquí puede pretenderse una aplicación inmediata de dicho acuerdo al ámbito de las corporaciones locales o plantearse, posición que nos parece más correcta, que la asignación de niveles a los puestos de trabajo de nuestras entidades locales corresponde a los correspondientes plenos, sin que las desviaciones al alza producidas en las mesas de negociación para el ámbito de la Administración del Estado sean directamente trasladables a los funcionarios de la Administración local, necesitándose un trámite de negociación y un acuerdo de incorporación al propio ordenamiento local para que esto suceda, en el bien entendido de que sobre la base del acuerdo estatal habrá que reconocer a las respectivas mesas de negociación de la Administración local capacidad negocial para abordar una estructura de niveles idéntica o equiparable a la admitida para los funcionarios estatales. Realmente lo establecido en el Real decreto 158/1996 es un criterio a seguir, pero las decisiones sobre clasificación de puestos de trabajo corresponden a los órganos de gobierno de las entidades locales, que deberán adoptarlos en el ámbito de sus competencias propias. Ello quiere decir que la estructura de niveles que deben consignar obligatoriamente las corporaciones locales en sus relacio-

69. Sobre las áreas funcionales puede verse el interesante informe de MORRILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, "El área funcional como una de las características esenciales de los puestos de trabajo del personal funcionario", *Revista andaluza de Administración pública* 26 (1996).

70. STS de 26 de marzo de 1996 (Aranzadi 2813).

71. De aquí que nuestra jurisprudencia haya rechazado la distinción que se establece en muchas de nuestras corporaciones locales entre puestos de entrada o de nuevo ingreso y los restantes, atribuyéndoles un distinto nivel, sin tener en cuenta la existencia de una identidad de cometidos que no puede desvirtuarse en función de circunstancias personales como puedan ser la intensidad, la calidad del trabajo o el conocimiento de la problemática del ámbito de actuación, aduciendo que, no cabe, en principio, distinguir entre puestos de trabajo idénticos en atención a un dudoso mayor rendimiento del funcionario que los va a servir, tal como se puede ver en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de marzo de 1998 (Aranzadi 747).

72. El artículo 71 establece que los intervalos de los niveles de puestos de trabajo que corresponden a cada cuerpo o escala, de acuerdo con el grupo

en el que figuren clasificados, son los siguientes:

Grupo A	20	30
Grupo B	16	26
Grupo C	11	22
Grupo D	9	18
Grupo E	7	14

73. El acuerdo fue publicado por Resolución de 18 de junio de 1998, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 1998 (BOE 149/1998). En la estructura de niveles correspondientes a la relación de puestos de trabajo de personal funcionario y laboral de la Administración del Estado se modifica al alza de la manera siguiente:

Grupo A	22	30
Grupo B	18	26
Grupo C	14	22
Grupo D	12	18
Grupo C	10	14

nes de puestos de trabajo es la del artículo 71 del RGIPP, sin perjuicio de que puedan establecerse niveles superiores a los límites establecidos, dentro del marco predeterminado por el acuerdo estatal, sin que ello pueda ser objetable desde una perspectiva estricta de control del límite presupuestario establecido para el incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos.⁷⁴

El segundo problema que nos plantea la regulación del complemento de destino en el ámbito local es el de la desnaturalización de su contenido. Se ha dicho que el complemento de destino es por excelencia un complemento jerárquico, indicativo de la jerarquía del puesto de trabajo en el conjunto de la estructura de puestos que la relación conforma.⁷⁵ Lo cierto es que la introducción de otros factores para su consideración, como puedan ser los de complejidad territorial y funcional de los servicios, acercan a la naturaleza última del complemento de destino al complemento específico.⁷⁶ Aspecto éste que no resulta una novedad. No hay que olvidar que la doctrina y la jurisprudencia han subrayado la dificultad de precisar las diferencias entre el complemento de destino y el complemento específico si se tiene en cuenta que ambos están dedicados a retribuir la especial dificultad técnica o responsabilidad del puesto de trabajo.⁷⁷

En todo caso, la asignación de niveles a los puestos de trabajo deberá hacerse de tal forma que el nivel de complemento de destino de un puesto de trabajo sea superior al que corresponda a cualquier otro subordinado al mismo, indicando con ello que la progresión en la escala de niveles representa un incremento del nivel de dificultad o responsabilidad de las funciones que constituyen el contenido del puesto de trabajo.⁷⁸

Ello supone que la asignación de niveles a los puestos de trabajo haya de ser fruto de una operación de valo-

ración que tenga en cuenta los factores mencionados, aunque lo cierto es que en lo referido a la asignación de niveles de complemento de destino, la actuación de la Administración pueda calificarse de verdaderamente discrecional, dada su estrecha conexión con la definición de la propia estructura de las unidades administrativas y las posiciones de jerarquía, definición que penetra en el núcleo mismo de la potestad de organización de la Administración consistente en la propia competencia para definir el modelo organizativo.⁷⁹ En este sentido, los órganos jurisdiccionales han declarado que la asignación de un nivel constituye un juicio de apreciación técnica esencialmente discrecional en el que la Administración goza de un amplio margen de libertad, por lo que las decisiones que se adopten en el ejercicio de esta libertad sólo pueden ser discutidas cuando se acredite, bien la existencia de desviación de poder, bien la injustificada diferenciación de puestos de trabajo sustancialmente idénticos en términos que obliguen a calificarla de discriminatoria.⁸⁰ En el bien entendido de que en aquellos supuestos en los que se haya comprometido una concreta estructura de niveles para un determinado tipo de puestos a través del correspondiente acuerdo colectivo, la discrecionalidad administrativa queda vinculada a través de los correspondientes pactos alcanzados que se supone habrán sido el resultado negociado de la correspondiente clasificación de puestos.⁸¹

2.º) El complemento específico.

El complemento específico, de acuerdo con la dicción contenida en el artículo 23.3.b) de la LMRFP, está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asig-

74. En este sentido no estará de más recordar la jurisprudencia sentada por la STC 237/1992, de 15 de diciembre, sobre las repercusiones en el ámbito autonómico y local de los incrementos adicionales negociados por el Estado con las organizaciones sindicales: "[...] La creación de un fondo con cargo al cual pudieran, en un día ya lejano, pactarse incrementos adicionales para el personal de la Administración del Estado, sus organismos autónomos y entidades gestoras de la Seguridad Social [...] es algo que en nada afecta a los demás entes públicos territoriales. Aquí el texto articulado se mueve dentro del ámbito estricto de los presupuestos a los cuales sirve y respalda una asignación específica para los servidores del Estado. No hay exclusión de los demás, por la sencilla razón de que sus retribuciones han de ser atendidas con cargo a los presupuestos de las respectivas comunidades autónomas y, por ende, no cabe hablar de discriminación alguna que ponga en entredicho el principio de igualdad. Ese mismo fondo para la misma función puede establecerse por cada una de las haciendas territoriales si así lo tienen a bien."

75. En este sentido nos podemos remitir a la razonada exposición de CASTILLO BLANCO, Federico A. *El sistema retributivo en la función pública española*, p. 189 y ss. Madrid 2002.

76. Nuestra jurisprudencia había avalado ya esta opción al considerar la STS de 25 de enero de 1997 (Aranzadi 537) como factor relevante a los efectos del complemento de destino y de la asignación del nivel correspondiente del área geográfica sobre la que se proyecta la función.

77. De aquí que se haya podido afirmar por GUTIÉRREZ REÑÓN, A.; LABRADO FERNÁNDEZ, M., *La experiencia de la evaluación de puestos de trabajo en la Administración pública*, Madrid, 1988, p. 93, que: "[...] el complemento específico habría de contemplarse como un complemento de destino adicional, suplementario del complemento de destino propiamente dicho. Conocida la retribución correspondiente al complemento de destino asignado a cada puesto el complemento específico serviría para fijar la cantidad adicional necesaria para llegar al nivel salarial que cada Administración desee aplicar a su personal".

La STSJ de Cataluña de 28 de junio de 1990 (fotocopia del original), nos dirá que: "[...] salvo la peligrosidad o la penosidad, todas las circunstancias del complemento específico son las que justifican la diferenciación de niveles en el complemento de destino". De aquí que haya de justificarse suficientemente la atribución de complementos específicos distintos a puestos de trabajo con igual denominación y complemento de destino.

78. STS de 11 de julio de 1988 (Aranzadi 5570).

79. Como se sostiene por FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, "El control judicial de la asignación de los complementos de destino y específico", *Revista andaluza de Administración pública* 33 (1999), p. 92.

80. STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de diciembre de 1999, *Revista general del derecho* 669 (2000).

81. STS de 5 de diciembre de 1994 (Aranzadi 10199).

narse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo.

La naturaleza objetiva del puesto de trabajo se constata en la propia definición legal del mismo: es un complemento de “un” particular puesto de trabajo que se fija en función de unas determinadas condiciones existentes en el puesto correspondiente, siendo los órganos de gobierno de las correspondientes entidades locales los llamados a señalar cuáles son los puestos de trabajo que, por reunir alguna o varias de esas condiciones, otorgan a quien los desempeña el derecho a percibir esta remuneración. Evidentemente, al ser un complemento de un concreto puesto de trabajo, dicho puesto debe estar identificado y dotado en la correspondiente relación y sólo puede percibirlo quien lo ocupa y ejerce efectivamente.⁸²

En congruencia con la especificidad y la concreción del puesto de trabajo, dicho complemento parece haber sido concebido sólo para algunos puestos de trabajo en razón de las condiciones particulares de su prestación, lo que en sentido contrario significaría impedir la atribución generalizada de dicho complemento a todos los puestos de trabajo de una corporación o a una generalidad de puestos de la organización local con excepción de algunos.⁸³

Ahora bien, no hay que confundir la singularidad y la concreción del complemento específico con su limitación. Los tribunales han reconocido que es posible la generalización del complemento específico, sobre todo en pequeñas organizaciones administrativas como pueden ser las locales, habida cuenta que un escaso número de funcionarios tiene que llevar a cabo todas y cada una de las funciones que cumplen las corporaciones locales, y concluyendo que la asignación del complemento específico depende de que se pueda acreditar la concurrencia de alguna o algunas de las características exigidas, por lo que su generalización es posible siempre que se de la condición mencionada.

El carácter objetivo del complemento específico impide que se tengan en cuenta para su fijación otros elementos que no sean las características particulares contenidas en los puestos de trabajo. De hecho, tanto el complemento de destino como el complemento específico son complementos singulares y objetivos, referidos a un concreto puesto de trabajo cuyas características se fijan mediante los oportunos sistemas de especificación y clasificación de puestos. Sobre la base de dichos sistemas existe una natural libertad de la Administración para apreciar las singularidades de cada puesto y atribuirle el

correspondiente complemento. En este sentido el mismo Tribunal Constitucional ha rechazado la posibilidad de controlar dicha potestad administrativa de fijación de complementos, basándose en las exigencias derivadas del derecho a la igualdad consagrada en el artículo 14 de la CE, por considerar que la equiparación entre cuerpos, categorías o puestos no puede fundamentarse en la identidad de titulación, en la similitud de denominación o en las funciones que corresponda desempeñar a sus ocupantes, ya que cabe siempre contemplar otros factores de diferenciación, como son las distintas exigencias de preparación, responsabilidad, intensidad de la dedicación, heterogeneidad de los asuntos a resolver, incluso aunque las tareas asignadas puedan definirse en términos análogos o casi idénticos, ya que la mencionada definición se hará por naturaleza con referencia a estructuras administrativas diferenciadas.⁸⁴

No me parece que haya que enfatizar en demasía la discrecionalidad de la Administración para la fijación de los correspondientes complementos retributivos, hasta el punto que su determinación pueda desligarse de los conceptos legales que les sirven de fundamento, ya que los complementos mencionados han de estar vinculados a la calidad y las circunstancias objetivas de los puestos, de aquí que pueda utilizarse para el control de su asignación el principio de igualdad en la aplicación de la ley desde la existencia de una clara identidad en las circunstancias concurrentes en los puestos de trabajo que sin duda pueden ser objeto de comparación,⁸⁵ o se intente la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, ya que las condiciones particulares de algunos puestos en función de la especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, integran conceptos jurídicos indeterminados que, en cuanto tales, tienen naturaleza reglada: por ejemplo, o hay penosidad o no la hay. A partir de aquí, fijado el complemento, cabe una tarea de comprobación y en su curso resulta perfectamente válido comparar el contenido de varios puestos para ver si el complemento específico fijado a los mismos resulta o no coherente con la especificación de cada uno de ellos.⁸⁶

Sin embargo, lo cierto es que el actual estadio jurisprudencial sobre la valoración de puestos de trabajo y la asignación de complementos, fundamentalmente del complemento específico, no deja mucho espacio al optimismo.⁸⁷ Pueden deducirse las siguientes reglas orientadoras:

82. STS de 1 de julio de 1994 y de 28 de octubre de 1996 (Aranzadi 6239 y 7798).

83. Tal como se señala en las STS de 30 de mayo de 1991, de 14 de julio de 1993 y de 11 de septiembre de 1993 (Aranzadi 4226, 5641 y 6600).

84. STC 77/1990, de 26 de abril; 236/1994, de 20 de julio; 237/1994, de 20 de julio y 96/1997, de 19 de mayo. A tener en cuenta también los autos 44/1996, de 26 de febrero, 63/1996, de 12 de marzo, y 317/1996, de 29 de octubre. Un

excelente resumen de esta jurisprudencia se puede encontrar en la STSJ de Murcia de 9 de noviembre de 2000 (Aranzadi 1979).

85. Tal como se ensaya en la STS de 20 de mayo de 1994 (Aranzadi 5305).

86. STS de 1 de julio de 1994 (Aranzadi 6239).

87. La STSJ de Madrid de 27 de abril de 2002 (JUR 236091/2002), nos advertirá que: “[...] por esencia, los diversos puestos son distintos entre sí y son, consecuentemente, acreedores de las diferencias retributivas reflejadas a

a) No basta la concurrencia de cualquiera de los factores para que necesariamente deba establecerse el complemento específico. Cabe, incluso, la supeditación del complemento a la concurrencia en el puesto de uno o más de los factores. La única regla segura es que, si no concurre ninguno de los factores, no es posible asignar un complemento específico.⁸⁸

b) Puestos de trabajo aparentemente similares o de parecidas características pueden originar complementos distintos por las condiciones inscritas en cada uno de ellos, por la intensidad del factor de que se trate, por el volumen y la complejidad de las tareas desarrolladas o por el área geográfica sobre la que se proyecta la función.⁸⁹

c) La legislación vigente no impone que cada uno de los factores a que se refiere el complemento específico deba valorarse y tenga una repercusión individual cuantificable en la valoración final del complemento específico de un puesto.⁹⁰

d) No se excluye la posibilidad de que la Administración pueda dar distintos valores retributivos a los mismos factores apreciados en idénticos puestos pero en distintas estructuras, es decir, según la unidad, la agencia, el servicio o el centro a que pertenezcan, fundándose en la diversidad derivada de los distintos productos sobre los que operan, en el número de usuarios o en el volumen de gestión.⁹¹

e) Hay que saber distinguir entre la apreciación de las circunstancias o los factores del complemento y la concreta valoración económica del mismo. Es decir, se puede mantener la circunstancia o el factor que acredita el complemento y mejorar su compensación económica. Sencillamente, no cabe confundir el establecimiento del complemento específico con la determinación de su cuantía una vez establecido.⁹²

En todo caso el complemento específico es un complemento único, de carácter orgánico y unificador, pero está integrado por un conjunto de condiciones particulares que se pueden tener en cuenta para establecer las condiciones de trabajo de algunos puestos.

Esa derivación del complemento específico hacia la

determinación de las condiciones de trabajo es notablemente perceptible en torno a los vectores de incompatibilidad y dedicación.

Por lo que hace referencia al factor de incompatibilidad, el artículo 16.1 y 4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, previene que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o conceptos equiparables. Por excepción, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

Nuestros tribunales se han mostrado partidarios de que cualquiera que sea el factor que se tenga en cuenta para su concesión, incluso si no se ha tenido en cuenta el de incompatibilidad, produce ésta para el funcionario que desempeñe el puesto de trabajo cuando se superen los límites porcentuales establecidos.⁹³

En todo caso, conviene recordar que son los órganos de gobierno los que, a la vista de las características de los puestos, determinan cuáles son los que han de recibir el mencionado complemento. Lógicamente, el hecho de desempeñar un puesto que tiene asignado este complemento implica necesariamente el percibo del mismo, lo que a su vez determina que al funcionario que lo ostenta no se le pueda reconocer compatibilidad de clase alguna, sin que se pueda renunciar al complemento con el objetivo de conseguir esa compatibilidad.⁹⁴

El factor dedicación en virtud del cual puede acreditarse la percepción de un complemento específico implica en esencia una variación de la dedicación con respecto a la considerada normal para el resto de los puestos de la correspondiente estructura orgánica.⁹⁵ A través de su asignación, la Administración puede conseguir, siempre por necesidades del servicio, un aumento de la jornada del funcionario,⁹⁶ o, correlativamente, su

través del complemento específico, en cuya fijación la Administración goza de un notable margen de discrecionalidad".

88. STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2000, *Actualidad administrativa* 8 (2000).

89. STS de 25 de enero de 1997 (Aranzadi 537); SAN de 16 de julio de 2001 (JUR 143692/2002); STSJ de Cataluña de 16 de julio de 1990 (Aranzadi 202); STSJ de Canarias, Las Palmas, de 15 de diciembre de 2000 (JUR 111857/2001).

90. STS de 18 de febrero de 1997 (Aranzadi 1491).

91. STS de 27 de septiembre de 1994 (Aranzadi 7366); STSJ de Murcia de 12 de abril de 2002 (JUR 165428/2002).

92. STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2000, *El Derecho* 39551/2000.

93. STS de 25 de junio de 1996, *El Derecho* 6172/1996; STS de 4 de enero de 2001, *El Derecho* 568/2001.

En contra de esta argumentación que se considera privada de racionalidad y con ignorancia deliberada de la legislación vigente que prevé formalmente la existencia de un elemento de incompatibilidad funcional a los obje-

tivos de la organización establecidos, CASTILLO BLANCO, Federico A. *El sistema retributivo en la función pública española*, p. 212 y ss. Madrid, 2002.

94. STS de 18 de octubre de 1996 (Aranzadi 7798).

95. A juicio de CASTILLO BLANCO, Federico A. *El sistema retributivo en la función pública española*, Madrid, 2002, p. 209 y ss., el factor dedicación es por naturaleza un factor de especial dedicación que supone una disponibilidad con respecto a la organización mayor de la exigida al resto de los puestos sometidos al régimen general y que, precisamente por ello, implica una mayor retribución en la valoración que se hace de la cuantía del complemento específico, dedicación especial que no puede confundirse con la potestad administrativa de organización de los distintos servicios y horarios de trabajo que, por ser partidos o nocturnos o de cualquier otro tipo, no necesariamente han de implicar una mayor retribución según el sistema legal establecido, ya que no hacen sino responder a la propia naturaleza de los servicios desarrollados.

disminución, a la que el funcionario no puede oponerse sin perjuicio de la conservación de sus derechos a través del pertinente complemento personal transitorio y absorbible.⁹⁷

6.4. Los requisitos exigidos para el desempeño de los puestos de trabajo

Entrando ya en el capítulo referido a los requisitos exigidos para el desempeño de los puestos de trabajo, parece que las RPT han de contener al respecto información relativa al grupo de clasificación necesario para el ejercicio de las funciones propias del puesto o el grupo de puestos, a la adscripción a cuerpos y escalas siempre que estos hayan de ser tomados en consideración, a la exigencia de titulaciones académicas concretas sobre todo cuando la adscripción sea indistinta a todos los cuerpos o las escalas de un grupo de clasificación, a la exigencia de una determinada formación o una experiencia específica cuando de la naturaleza del puesto se deduzca claramente y, por último, a la adscripción al tipo de Administración a la que debe pertenecer el titular del puesto de trabajo.

1.º) Adscripción a grupos.

En principio un puesto de trabajo ha de adscribirse a un grupo o a dos grupos consecutivos de clasificación. Para la adscripción de puestos de trabajo a grupos deberán combinarse las exigencias derivadas de las funciones de un puesto en cuanto a titulación y calificación con factores ajenos a la pertenencia a un grupo, como puedan ser la capacidad de gestión y la experiencia.⁹⁸ En cualquier caso, la adscripción respetará los intervalos de niveles de complemento de destino correspondientes a cada grupo de titulación establecidos en la normativa vigente.

2.º) Adscripción a cuerpos y escalas.

En esta materia rige el principio de adscripción indistinta de todos los puestos de trabajo a un grupo o unos grupos de titulación, o, en negativo, el de no-adscripción de puestos de trabajo a cuerpos o escalas determinados. Como excepción a este criterio general podrán adscribirse puestos a uno o varios cuerpos o escalas de funcionarios,⁹⁹ en los siguientes casos:

a) Puestos en que se realicen funciones que requieran, en virtud de norma legal o reglamentaria, la pertenencia a un determinado cuerpo o una determinada escala, como sucede en el caso de los habilitados nacionales para las funciones que les están reservadas.

b) Puestos que de conformidad con la naturaleza de las funciones a desempeñar, necesiten ineludiblemente para su correcto desempeño la posesión de determinados conocimientos y requisitos estrechamente relacionados con la pertenencia a un cuerpo o una escala de funcionarios.¹⁰⁰

En todo caso, para “vincular” un cuerpo o una escala con unos determinados puestos de trabajo habrá que partir de las características esenciales de éstos y valorar la idoneidad de las tareas propias del cuerpo o la escala para desempeñar ese contenido, función atribuida en exclusiva a la correspondiente RPT.¹⁰¹

Como hipótesis de trabajo, hay que tener en cuenta que nuestros tribunales han admitido la exclusión de determinados sectores, cuerpos o escalas de la cobertura de puestos de trabajo, con la finalidad de que algunos colectivos profesionales no abandonen el ámbito que les es propio, planteamiento que se considera objetivo y razonable, acorde con las necesidades de los servicios. Aunque en sintonía con las declaraciones de nuestro Tribunal Constitucional, en línea de principio, cabe afirmar que la configuración de las condiciones de acceso a los puestos de trabajo en vía negativa requiere una mayor y más severa justificación.¹⁰²

3.º) Titulación.

96. STSJ de Andalucía, Málaga, de 30 de octubre de 1998 (Aranzadi 7755); STSJ de Andalucía, Sevilla, de 21 de junio de 2001 (JUR 38097/2002).

97. STS de 6 de abril de 1992 (Aranzadi 2712).

98. Tal como se señala en el punto 8.1 de la Orden de 6 de febrero de 1989 del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, sobre modelos de relaciones de puestos de trabajo y normas para su elaboración.

Este planteamiento supone que la adscripción de un puesto de trabajo a más de un grupo de titulación demanda una motivación específica que no puede referirse al actual ocupante del puesto, ya que la mayoría de normas sobre elaboración de puestos de trabajo previenen que los puestos de trabajo que se adscriban a un determinado grupo seguirán siendo desempeñados por los funcionarios que ocupen esas plazas aun cuando no pertenezcan al grupo de titulación a que dichos puestos hayan sido adscritos.

La adscripción de un puesto de trabajo a más de un grupo de titulación abona la técnica de los llamados puestos barrados, es decir, puestos de trabajo que se adscriben a dos grupos de titulación y cuyo complemento específico sufre la correspondiente variación para compensar el diferencial retributivo en las básicas del ocupante adscrito al grupo de titulación inferior. Obviamente, esta práctica de variación retributiva en función de la pertenencia del ocupante de un puesto a un determinado grupo de titulación presupone una desviación retributiva al hacer variar el complemento específico en

función de circunstancias subjetivas no autorizadas por la ley, tal como se señala en la STS de 8 de mayo de 1998 (Aranzadi 4840).

99. No estará de más subrayar que las normas sobre elaboración de puestos de trabajo se refieren a cuerpos y escalas, debiendo admitirse, en el caso de la Administración local, las correspondientes subescalas. En cambio no parece que pueda considerarse regular la elección de una determinada especialidad que en su caso debería sustituirse por el requisito de titulación, tal como se plantea en la STSJ del País Vasco de 28 de julio de 1997 (Aranzadi 1624).

100. A esta conclusión se puede llegar con un análisis detallado del punto 9.2 de la Orden de 6 de febrero de 1989 del Ministerio de Relaciones con las Cortes y la Secretaría del Gobierno y de su antecedente, el punto 9.2 de la Orden de 15 de enero de 1986, de Presidencia del Gobierno, sobre relaciones de puestos de trabajo en la Administración del Estado.

En todo caso no estará de más recordar que el principio de adscripción indistinta con la única excepción de las adscripciones que se deriven necesariamente de la naturaleza y de la función a desempeñar en ellos se contiene en el artículo 15.2 de la LMRFP.

101. STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 26 de julio de 2002 (JUR 248648/2002).

102. STC 48/1998, de 2 de marzo; STSJ de Aragón de 6 de julio de 2001 (Aranzadi 7844/2002); STSJ de Madrid de 20 de abril de 2002 (JUR 235912/2002).

En las RPT se consignará la titulación académica específica cuando sea necesaria, además de la genérica correspondiente al grupo al que se haya adscrito el puesto. Esta especificidad sólo se admitirá cuando su necesidad se deduzca objetivamente de la índole de las funciones a desempeñar o de la aplicación de la correspondiente normativa. En todo caso, las titulaciones académicas deberán figurar con denominación idéntica a las que se establezcan en los correspondientes títulos oficiales.¹⁰³

Lo cierto es que la atribución de determinados puestos de trabajo a titulaciones específicas ha ocasionado una buena cantidad de conflictos centrados en problemas derivados de la delimitación de competencias profesionales, que han sido resueltos por nuestros tribunales subrayando que frente al principio de exclusividad y monopolio competencial debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que al existir una base común entre algunas ramas de enseñanzas éstas dotan a sus titulados de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida, sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido.¹⁰⁴ Lógicamente, conviene aclarar que aquí no se trata tanto de un problema de delimitación de competencias entre profesionales sino de ejercicio de la potestad de organización de la Administración que le permite exigir para determinados puestos una u otra titulación por entender que se procura una mayor adecuación a las tareas a realizar, sin perjuicio de que dicha potestad haya de moverse dentro de los límites estrictos de la racionalidad. De aquí que sea el examen de las características de los puestos y las específicas funciones que se les atribuyen el método elegido para valorar la idoneidad de la elección realizada en función de la competencia o la capacidad técnica real para el desempeño de las funciones que pueda aportar cada titulación.¹⁰⁵

3.º) Formación y experiencia específica.

Cuando de la naturaleza de las funciones del puesto

se deduzca claramente, podrá exigirse una determinada formación específica, siempre que la misma haya sido acreditada por un título o diploma creado o reconocido por la Administración pública.¹⁰⁶ Algunas normas autonómicas prevén también que cuando objetivamente se requiera una determinada experiencia previa para el desempeño adecuado del puesto de trabajo se hará constar en la correspondiente relación.¹⁰⁷

4.º) Requisitos de movilidad.

A tenor del artículo 17 de la LMRFP, con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos, los puestos de trabajo de nuestras corporaciones locales podrán ser cubiertos por funcionarios que pertenezcan a cualquiera Administración pública, de acuerdo con lo que se establezca en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo. Se configura de esta manera un derecho a la movilidad administrativa que solamente puede limitarse o condicionarse a través de las pertinentes prescripciones incorporadas en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.¹⁰⁸ En defecto de la mismas, la jurisprudencia otorga prioridad al derecho de movilidad de los funcionarios de cualquier administración pública, que podrán optar a las correspondientes provisiones de puestos de trabajo en ausencia de una RPT o en defecto del señalamiento en la misma de este aspecto.¹⁰⁹

Las relaciones de puestos de trabajo suelen cerrarse con una columna de observaciones que se utilizan para hacer constar aquellas circunstancias del puesto de trabajo que se consideren precisas, siempre que constituyan un elemento esencial para el desempeño del puesto.¹¹⁰ Dichas observaciones pueden referirse, como ya hemos visto en la jornada de trabajo, a la dedicación o al régimen de incompatibilidades, o abarcar otros aspectos no menores que han de merecer nuestra atención.

Así, por ejemplo, se puede precisar la condición del puesto como puesto a amortizar, evidenciando la potencialidad ordenadora hacia el futuro que las relaciones tienen, o, lo que es aún más importante, puede establecerse la condición del puesto como idóneo para el primer destino de los funcionarios de nuevo ingreso en los cuerpos o las escalas con especialización en las

103. Tal como se establece en el punto 10 de la Orden de 6 de febrero de 1989 del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, sobre modelos de relaciones de puestos de trabajo y normas para su elaboración.

104. STS de 27 de mayo de 1998 (Aranzadi 4196); STSJ de Aragón de 17 de octubre de 2001 (JUR 92346/2002).

105. STSJ de Aragón de 16 de octubre de 2001 (JUR 92290/2002).

106. Tal como se contempla en el punto 10 de la Orden de 15 de febrero de 1989, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno.

107. Como se puede ver en el anexo I del Decreto 140/1996, de 26 de julio, de normas sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

108. En materia de movilidad hay que remitirse al trabajo de ERKOREKA, Gervasio y Josu, Iñaki, "La movilidad interadministrativa en la función pública vasca: normativa básica, regulación autonómica y soluciones judiciales", *Revista vasca de Administración pública* 45-II (1996).

109. Tal como se puede ver en la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2002 (fotocopia del original), que anula el artículo 106.1 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de personal al servicio de las entidades locales de Cataluña, que permitía a las autoridades locales reservar al personal de su propia corporación, a través de la pertinente convocatoria, los concursos de provisión de puestos de trabajo.

110. El punto 12 de la Orden de 6 de febrero de 1989, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, contiene un esquema de lo que puedan ser esas observaciones.

actividades del puesto. Especificación esta última de la que dudamos que tenga el carácter potestativo que se le quiere conferir. No olvidemos que el artículo 19 de la LMRFP establece que los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar, incluyendo al efecto las pruebas prácticas que sean precisas. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido que el fundamento de la elección de un particular sistema selectivo o de una particular estructura de pruebas y méritos puede encontrarse en la correspondiente relación de puestos de trabajo como un adecuado mecanismo de objetivación.¹¹¹

Más allá de esta cuestión, no estará de más subrayar que se ha reducido al capítulo de observaciones un aspecto sustancial de las RPT como puede ser la determinación de aquellas circunstancias que, no siendo requisitos exigibles, constituyen méritos a valorar en la provisión del puesto, sin perjuicio de los méritos complementarios que puedan incluirse en las bases de la convocatoria del concurso. Entiéndase bien que una cosa son los requisitos de provisión, es decir, los requisitos de capacidad que delimitan el círculo de los potenciales aspirantes a la provisión del puesto, y otra muy distinta son los requisitos de mérito, que establecen las pautas de prelación entre el círculo de aspirantes que cubren los requisitos de acceso. Se renuncia así a establecer el principio de mérito en los sistemas de provisión de puestos de trabajo, o si se quiere, se renuncia a confeccionar el perfil profesional de los puestos de trabajo que permita a los funcionarios planificar su carrera profesional y preconstituir los méritos necesarios para su progresión en la Administración, aspecto éste crucial que aparece como potestativo, pendiente de una maduración progresiva de estos instrumentos inmaduros que son las relaciones de puestos de trabajo desde la perspectiva estricta de la carrera profesional del funcionario público.¹¹²

7. Los efectos de las relaciones de puestos de trabajo

A partir de la aprobación y la posterior publicación de las RPT, se producen los pertinentes efectos sobre la elaboración de las políticas de selección, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios públicos, así como la revisión de las retribuciones que perciban en función de su integración en el correspondiente puesto de trabajo.

En todo caso, la aprobación de una RPT plantea una serie de interrogantes de derecho transitorio, de entre los que trataremos de hacer mención de aquellos que

nos parecen más importantes.

1.º) La retroactividad de los catálogos y las relaciones de las corporaciones locales.

La disposición transitoria primera del Real decreto 861/1986, de 25 de abril, sobre régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración local, afirma la obligatoriedad de la implantación del nuevo sistema retributivo de los funcionarios públicos derivado de la aprobación de la LMRFP dentro del año 1986, es decir, antes del 1 de enero de 1987, determinación frecuentemente incumplida en nuestras corporaciones locales y que ha producido un extraño efecto de rebote al implantarse el mismo en fechas posteriores a la prevista, y suponer para los funcionarios que siguen desempeñando los mismos o similares puestos de trabajo alguna mejora retributiva cuyo abono demorado se demanda desde la fecha del vencimiento del plazo previsto reglamentariamente para la implantación del nuevo sistema retributivo.

En este sentido no faltan pronunciamientos jurisprudenciales en los que se entiende que la citada disposición obliga en términos imperativos a las corporaciones locales a implantar el nuevo régimen retributivo en el curso del año 1986, con la posibilidad incluso de remitir sus efectos retributivos a 1 de enero de 1987, pero sin que se contemple la opción de que sea cumplimentada en otro plazo, con lo que, una vez aprobada la nueva valoración de puestos de trabajo y sus consecuencias retributivas, se ordena la retroacción de sus plenos efectos económicos a 1 de enero de 1987, practicándose al efecto las correspondientes liquidaciones reguladoras.¹¹³

A mi juicio, esta línea jurisprudencial olvida que la percepción de retribuciones de un determinado puesto de trabajo parte de su reconocimiento y su asignación por parte de la Administración. De aquí que coincidamos con otra línea jurisprudencial en la que se ha expuesto que, siendo cierto que la disposición transitoria del decreto citado afirma que el sistema de retribuciones ha de cerrarse dentro del año 1986, no ha de olvidarse que su implantación es siempre fruto de una actividad previa y del todo necesaria, cual es la valoración del puesto del trabajo, de forma y manera que, hasta la realización de tal análisis, no se puede hablar de sistema retributivo alguno sobre el que basar la correspondiente reclamación. La misma doctrina nos recuerda que la norma reglamentaria no impone ni expone consecuencia alguna relacionada con la no implantación dentro del plazo del nuevo sistema retri-

111. STSJ de Cantabria de 13 de mayo de 1998 (Aranzadi 1779).

112. Sobre este aspecto véanse las ácidas reflexiones de NIETO GARCÍA, Alejandro, "La carrera administrativa", *Cuadernos de derecho judicial. Función pública*, p. 11 y ss. Madrid, 1993.

113. STSJ de Extremadura de 7 de octubre de 1994, *Revista general del derecho* 613-614 (1995); STSJ de Extremadura de 3 de junio de 1997, *Revista general del derecho* 639 (1997).

butivo.¹¹⁴

2.º) La aprobación de un catálogo o una relación de puestos de trabajo inicial como situación singular y excepcional que permite adecuaciones retributivas que superen el límite al incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos establecidos por las normas presupuestarias.

En este apartado hemos de comenzar recordando la doctrina que el Tribunal Constitucional ha venido elaborando sobre la vinculación de las comunidades autónomas y las entidades locales a los límites retributivos en el sector público establecidos por el Estado.¹¹⁵ De conformidad con la misma, la imposición de límites a las retribuciones del personal al sector público tiene como fundamento el título estatal contenido en el artículo 149.1.13 de la CE, referido a la determinación de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, así como el principio de coordinación con la hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles a que se refiere el artículo 156.1 de la CE.

De conformidad con esta jurisprudencia y con la correlativa de nuestro Tribunal Supremo,¹¹⁶ queda fuera del ámbito de autonomía de nuestras entidades locales la determinación del incremento global de la masa retributiva de sus funcionarios, de forma que éstas se han de limitar a reflejar en sus respectivos presupuestos aquél que para cada ejercicio se establezca en la correspondiente ley presupuestaria.

Ahora bien, si nos fijamos en la concreta estructura de la norma presupuestaria utilizando como modelo el vigente artículo 19 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2003, nos daremos cuenta que el límite retributivo establecido se fija: “[...] sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo”. Por lo tanto, las limitaciones establecidas en nuestra legislación presupuestaria no son de carácter abso-

luto, sino que admiten excepciones que suponen la permisión de adecuaciones retributivas por encima de los topes presupuestarios.

Sobre el alcance de estas modificaciones retributivas, conviene tener en cuenta que han de cumplir el doble requisito de ser singulares y excepcionales.

Por lo que hace a la noción de singular, ésta se opone al concepto de general. Aunque la cualidad de singular podría referirse a “algunos” puestos de trabajo, frente a “todos” los puestos de trabajo (aspecto cuantitativo). Según esta acepción, se consideraría irregular la aprobación de un catálogo o una relación de puestos de trabajo que afectase a todos los puestos de la organización. Sin embargo, por “singular” puede entenderse también un tratamiento individualizado de todos los puestos de trabajo (aspecto cualitativo). En esta acepción se consideraría ilegal una modificación retributiva sin consideración del contenido singular de cada puesto de trabajo.

Por lo que hace a la noción de excepcional, lo que es excepcional se opone a lo que es normal u ordinario. La naturaleza excepcional de la adecuación comporta restricción o limitación en la aplicación referida a un supuesto tan excepcional, por irrepetible, como el que pueda ser la formación por primera vez del catálogo o la relación de puestos de trabajo.

A partir de aquí puede afirmarse que la primera valoración de puestos de trabajo realizado por la correspondiente entidad local que desembocara en la aprobación de una RPT, es lógico que no se considere constreñida por la situación retributiva previa, pues otra cosa sería tanto como privar de sentido y eficacia a las reglas que le obligan a acometer de forma objetiva tal valoración, tomando en consideración los criterios inherentes a los correspondientes puestos de trabajo, introduciendo las variaciones retributivas que se consideren imprescindibles en función del contenido de los puestos de trabajo.¹¹⁷

Es más, en estos casos los incrementos retributivos

114. STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 1994 (Aranzadi 4604). En el mismo sentido las STSJ del País Vasco de 19 y 20 de noviembre de 1996, *Actualidad administrativa* 2 (1997) y la STSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 1996, *Actualidad administrativa* 3 (1997), con cita de la STS de 12 de marzo de 1992 (Aranzadi 1579), donde se dispone lo siguiente: “[...] que una vez establecido y en vigor el sistema retributivo de puestos de trabajo, la percepción de retribuciones complementarias asignadas a un concreto puesto de trabajo requiere que en el período temporal por el que se reclaman retribuciones, el citado puesto esté dotado con las mismas en el catálogo o la relación de puestos de trabajo y que el funcionario reclamante haya sido adscrito al mismo por la Administración demandante”.

Cuestión distinta es la fecha de cómputo a los efectos de consolidación de grado personal que para los funcionarios ingresados a la Administración con anterioridad a la entrada en vigor de la LMRFP, se estableció por el artículo 33 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991, con fecha 5 de julio de 1977, siendo ello aplicable a todas las administraciones públicas y sin que ello suponga una retroacción del derecho a percibir económicamente la diferencia del posible nivel. En cual-

quier caso conviene aclarar que dicho precepto se refiere exclusivamente a los funcionarios que a la entrada en vigor del correspondiente catálogo o relación continúen desempeñando el correspondiente puesto, pero no a los que lo desempeñaron con anterioridad y cesaron en su momento, tal como se puede ver en la STSJ de Andalucía, Granada, de 19 de febrero de 1996 (Aranzadi 475).

115. Dicha doctrina se contiene en las STC 63/1986, de 21 de mayo; 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre; 171/1996, de 30 de octubre; 103/1997, de 22 de mayo; 62/2001, de 1 de marzo, y en la más reciente de 24/2002, de 31 de enero.

116. STS de 27 de enero de 1987 (Aranzadi 2002), de 13 de abril de 1991 (Aranzadi 2760), de 15 de diciembre de 1993 (Aranzadi 1069), de 18 de noviembre de 1994 (Aranzadi 4279), de 8 de junio de 1995 (Aranzadi 4472), de 7 de abril de 1995 (Aranzadi 3260), de 18 de mayo de 1998 (Aranzadi 5077), de 16 de febrero de 1999 (Aranzadi 2596) y de 17 de marzo de 2001 (Aranzadi 2535).

117. STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2002 (fotocopia del original); STSJ de Castilla y León de 1 de febrero de 1995, *Revista general del derecho* 631 (1997).

que se establecen se presentan como una manera de garantizar la necesaria correspondencia que ha de existir entre el contenido funcional del puesto de trabajo y su retribución. De aquí que la jurisprudencia más atenta haya matizado que la singularidad y la excepcionalidad de las adecuaciones retributivas se ha de referir no a aspectos cuantitativos –número de puestos de trabajo afectados– sino a cuestiones de carácter cualitativo referidas a las características de los puestos de trabajo.¹¹⁸ ■

118. STS de 8 de noviembre de 1999 (Aranzadi 2297); STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de noviembre de 1998, *El Derecho* 31872/1998.

Lógicamente, lo que no puede pretenderse es que bajo la cobertura de una adecuación retributiva motivada por una nueva valoración de puestos de trabajo se proceda a una elevación general y lineal, pura y simple, de las retribuciones de los funcionarios públicos, tal como pondrá en evidencia la STS de 25 de marzo de 1998 (Aranzadi 3014).

El derecho de acceso de los miembros de las corporaciones locales a la documentación existente en la corporación

Luis Ortega Álvarez
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-La Mancha*

1. Introducción.
2. El marco normativo.
 - 2.1. El régimen general del acceso al documento. 2.2. El acceso directo a los documentos. 2.3. La forma de acceso. 2.4. Los límites al acceso al documento. 2.5. El deber de reserva. 2.6. El respeto al funcionamiento eficaz de los servicios públicos. 2.7. Las funciones propias de los miembros de las corporaciones locales.
3. Criterios generales de interpretación.
 - 3.1. La vinculación del acceso a la documentación con el artículo 23 de la CE. 3.2. El orden del sistema de fuentes. 3.3. Tipos de documento a los que se tiene acceso. 3.4. Presunción de que los documentos solicitados formen parte de las funciones propias de los concejales y los diputados. 3.5. Presunción de que la petición de documentos no obstaculiza el funcionamiento de los servicios.
4. Algunos problemas interpretativos.
 - 4.1. El acceso a los registros de intereses. 4.2. Los problemas derivados de la obtención de la autorización del acceso al documento por silencio positivo.
5. Bibliografía.

1. Introducción

En la misma denominación de este trabajo-conferencia aparecen ya algunos de los elementos que se concitan en relación con el tema que nos ocupa.

El acceso del que estamos hablando se limita a un objeto concreto –la documentación–, el cual no abarca toda la gama de supuestos a los que se refiere otro concepto más amplio como el de información, el cual, además, cubriría, por ejemplo, el sistema de preguntas e interpelaciones que pueden ser dirigidas a determinados miembros de la mayoría de Gobierno.

Igualmente, la documentación de la que hablamos es aquella que obra en la corporación, es decir, se refiere a documentación existente, en ningún caso al eventual derecho a la elaboración de una nueva documentación.

Normalmente los problemas que se refieren a este derecho de acceso se concretan en los límites o los impedimentos que el alcalde o el presidente de la corporación ponen al acceso a los documentos solicitados por miembros de los partidos o los grupos de la oposición política, pero, como veremos, en determinadas ocasiones, en puridad, este acceso debe ser regulado también en relación con cualquier concejal, ya que se trata de elementos objetivos, como pueden ser la garantía de la intimidad de las personas o el buen funcionamiento de los servicios.

Como es sabido, el derecho de acceso a la documentación es un derecho reconocido a los ciudadanos en el artículo 105.b) de la Constitución,¹ que luego la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, reflejaría como derecho de los ciudadanos en su artículo 35 y regularía en los artículos 37 y 38.

Precisamente en el artículo 37, en su apartado 6.f), se determina que se regulen por sus disposiciones específicas “[...] el acceso a los documentos obrantes en los archivos de las administraciones públicas por parte de las personas que ostenten la condición de diputado de las Cortes Generales, senador, miembro de una asamblea legislativa de una comunidad autónoma o de una corporación local”.

Esta especificidad, pues, es el objeto de nuestro examen y, en función de la misma, debe acudirse como regla más general al artículo 77 de la LRBRL:

“Todos los miembros de las corporaciones locales tienen derecho a obtener del alcalde o presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o

informaciones obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

“La solicitud del ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado.”

De este precepto se desprende palmariamente que la clave de este derecho de acceso se sitúa en la interpretación del ámbito de la actividad funcional de los miembros de las corporaciones locales y en la determinación del grado de discrecionalidad de dicha interpretación.

A su vez, esta especificidad de tratamiento normativo tiene dos órdenes de consecuencias. Por una parte, la regulación de tal especificidad da origen a una normativa especial y a la construcción de los principios interpretativos adecuados, que hace que en lo especialmente regulado no sea de aplicación la normativa general contenida en los artículos 37 y 38 de la LRJPAC. Por otro lado, también hay que tener en cuenta que en la medida en que cuando, por ausencia de regulación específica, sea aplicable la normativa general de acceso, deberá tenerse en cuenta que la posición de los miembros de las corporaciones locales, siempre que nos encontremos ante la operatividad de la legitimación funcional que se deriva del ejercicio de su función representativa, en ningún caso será la de un ciudadano común.

Nos vamos a encontrar, así, con un cuádruple orden de escenarios, en función de los cuáles pretendería estructurar esta intervención.

Por una parte, se debe describir el marco normativo específico del derecho de acceso de los miembros de las corporaciones locales a la documentación.

Este marco normativo da lugar a una serie de criterios generales en torno a los cuales debe resolverse la casuística a que da lugar el día a día del funcionamiento de las instituciones.

A su vez, la aplicación de esta casuística produce un considerable volumen de resoluciones administrativas, que en algunos casos han dado lugar a la incorporación de las soluciones obtenidas en ordenanzas locales y en sentencias judiciales. En la medida en que estas resoluciones y decisiones judiciales son aplicación del anterior marco normativo y de los principios generales que presiden su interpretación, deberían ser objeto de un tratamiento informatizado adecuado para facilitar su conocimiento por todos los operadores jurídicos interesados.²

1. Artículo 105.b) de la CE: “La ley regulará [...] el acceso de los ciudadanos a los archivos y los registros administrativos, salvo en lo que se refiere a la seguridad y la defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

2. Desde este punto de vista, una de los cometidos de la propia Fundación Democracia y Gobierno Local debería ser la organización de una base de

datos en torno a un *thesaurus* temático, donde se recogiesen las soluciones aplicadas a esta casuística. Igualmente, la Fundación debería operar como cauce de intercomunicación entre las distintas corporaciones locales de las mejores prácticas administrativas en torno a los procedimientos de acceso a la documentación.

Finalmente, el propio cuadro normativo o interpretativo puede dar lugar a casos en los que la normativa no responde adecuadamente a las reglas interpretativas del sistema de fuentes del ordenamiento o en los que la interpretación predominante debe afrontar nuevas regulaciones. Veremos algunos ejemplos.

2. El marco normativo

2.1. El régimen general del acceso al documento

Este cuadro normativo parte, como ya se ha señalado, del artículo 77 de la LRBRL, antes ya reproducido, en el que se consagra la regla general del derecho de acceso basada en cuatro elementos:

a) El acceso se debe hacer a través del alcalde o presidente o de la Comisión de Gobierno, por lo que, salvo lo que veremos a continuación, respecto del acceso directo a determinados documentos, la regla general es que no existe tal acceso directo. Ello podría motivar que la legislación autonómica, en concordancia con lo anterior, eliminase cualquier forma de acceso directo, no contemplada específicamente en la LRBRL.

b) El acceso comprende materialmente los antecedentes, los datos y las informaciones que obren en poder de los servicios de la corporación.

c) El acceso está legitimado/condicionado a que dicha documentación resulte precisa para el desarrollo de su función dentro de la corporación.

d) El acceso debe ser autorizado o denegado, motivadamente en ambos casos, en un plazo de los cinco días naturales siguientes a la presentación de la solicitud.

El ROF,³ por su parte, ha añadido a la regulación anterior el sentido positivo del eventual silencio administrativo, y la Ley municipal de Cataluña⁴ (LMC) en su artículo 149.3 reduce el plazo de autorización a cuatro días.

2.2. El acceso directo a los documentos

En el ROF se ha recogido, sin embargo, un listado de casos en los que los servicios administrativos deben facilitar la información requerida sin que sea necesario que el miembro de la corporación acredite poseer una autorización. Sin embargo, como veremos, en realidad, de los cuatro casos previstos, sólo en uno se produce una exención parcial de la mencionada acreditación.

Así, se exige de la acreditación el acceso de aquellos que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión, a la información propia de las mismas. Se trata del acceso de un responsable político a los asuntos propios de su gestión, lo que nos sitúa en un ámbito bien distinto al del acceso de los miembros de la oposición. Estamos ante un supuesto en el que el concejal o el diputado actúan como cabeza administrativa de un servicio, por lo que su acceso a los documentos de dicho servicio es una exigencia de la funcionalidad misma de los servicios. En todo caso, este acceso directo no beneficia a cualquier miembro de la mayoría de Gobierno, sino sólo a aquel que ostente una responsabilidad política efectiva con relación a las dependencias administrativas de que se trate. Un caso límite puede plantearse con relación al acceso a los documentos de organismos autónomos o de sociedades adscritas a su ámbito de responsabilidad pero que cuenten con un responsable político propio.

Igualmente, no debe considerarse un caso de exención el referido al acceso a los documentos que sean de libre acceso para los ciudadanos.

Sí lo es, en parte, el supuesto de acceso a la información y la documentación correspondiente a asuntos que hayan de ser tratados por órganos colegiados en los que participen. Decíamos que sólo se trata de una exención parcial, dado que el artículo 46.2.b) de la LRBRL atribuye por sí mismo este acceso directo a los miembros de la corporación en el supuesto de la documentación relativa a los asuntos que figuren en el orden del día de un Pleno, desde el mismo día de su convocatoria.

Finalmente, también se produce este acceso directo con relación a las resoluciones y los acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.⁵ Sin embargo, en la medida en que el artículo 70.3 de la LRBRL otorga a los ciudadanos, sin ningún límite de ámbitos materiales y sin ninguna autorización previa, el derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las corporaciones locales, esta exención se enmarca en la referida a los documentos de libre acceso a los ciudadanos.

La LMC transforma el derecho de libre acceso de los miembros de la corporación a la documentación relativa a los órdenes del día en una obligación que corresponde a los propios servicios locales y la extiende a todo tipo de órganos colegiados.⁶ Además, en el caso especial de la Comisión Especial de Cuentas, la LMC exige que la documentación esté a disposición de

3. Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

4. Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña. Igual sucede con la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón (LALAr), artículo 107.3.

5. El artículo 107.2.c) de la LALAr menciona la "información contenida en

los libros de registro o en su soporte informático, así como en los libros de actas y de resoluciones de la alcaldía".

6. Igual extensión de este acceso a la documentación del orden del día a todos los órganos colegiados y no sólo al Pleno se produce en el caso de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia (LALG), artículo 226, y en el artículo 107.2.b) de la LALAr.

sus miembros con quince días antes de la primera reunión.⁷

También se regula en el artículo 149.4 de la LMC el supuesto de los asuntos incluidos en un orden del día por declaración de urgencia, exigiéndose en este caso que se distribuya en el seno del órgano colegiado de que se trate la documentación indispensable para poder tener conocimiento de los aspectos esenciales de la cuestión sometida a debate.⁸

2.3. La forma de acceso

El artículo 16 del ROF regula la forma de acceso a los documentos a través de un conjunto de reglas generales y específicas.

Existen dos formas generales de acceso, bien a través de su consulta en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los mismos o de una copia, para que sean examinados en el despacho o en las salas reservadas a los miembros de la corporación.

Si se ha efectuado la entrega, se deberá firmar el oportuno acuse de recibo, debiendo realizarse su devolución en un término máximo de cuarenta y ocho horas o antes en función de las necesidades de la tramitación del expediente en cuestión.

Las copias sólo están previstas para aquellos documentos a los que se tenga acceso directo; las del resto deberán ser autorizadas por el presidente de la Comisión de Gobierno.

En ningún caso, los documentos podrán salir de las dependencias locales.

Sin embargo, las reglas relativas a la obtención de copias y al mantenimiento de todos los documentos en el seno de las dependencias locales deben ser matizadas, al menos en lo que se refiere a los documentos a los que tienen acceso la generalidad de los ciudadanos en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.8 de la LRJPAC y en el artículo 70.3 de la LRBRL. En estos preceptos el acceso al documento se facilita mediante una copia o una certificación, la cual es de libre disposición de quien la obtiene.

Como reglas especiales aparecen, por una parte, la relativa a la consulta de los libros de actas y del libro de resoluciones del presidente de la corporación, que sólo podrán efectuarse en el archivo o en la Secretaría General.

Por otra, se exige que, en el caso de expedientes que vayan a ser tratados en una sesión de un órgano cole-

giado, éstos sean examinados únicamente en el lugar en que se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria.⁹

2.4. Los límites al acceso al documento

Como es sabido, el artículo 105 de la CE remite a la ley la regulación del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y los registros administrativos, salvo en lo que afecten a la seguridad y la defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Sin embargo, en lo que se refiere al acceso a documentos de los miembros de las corporaciones locales debemos considerar que ni ostentan la condición de meros ciudadanos, ni la LRBRL en su artículo 77 ha establecido ningún límite material expreso, al igual que tampoco lo ha hecho el ROF. De este modo, el único límite general previsto para el caso que nos ocupa vendría determinado por la vinculación funcional de la documentación accesible a lo que fuese necesario para el desarrollo de su función.

Esta interpretación inicial cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el legislador del régimen local ha previsto que, en el caso del acceso de los ciudadanos a la documentación que obre en poder de las corporaciones, pueda denegarse o limitarse motivadamente tal derecho “en todo cuanto afecte a la seguridad y la defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas” (artículo 70.3 de la LRBRL).

Sin poner en cuestión, como veremos, que las propias leyes materiales que regulan los secretos de Estado, los secretos sumariales o el derecho a la intimidad podrían limitar por sí mismas el acceso de los miembros de las corporaciones locales a los documentos de dicha índole lo que se quiere señalar es que el legislador local ha situado a los concejales y los diputados en un umbral diferente al de la mera condición de ciudadano en relación con el acceso a los documentos que versen sobre tales materias. No en vano, como veremos más adelante, la posición de los miembros de las corporaciones locales, en cuanto al acceso a la documentación precisa para el ejercicio de su función, aparece como contenido del derecho fundamental de participación política del artículo 23 de la CE.

Igualmente, sabemos que el artículo 37.5 de la LRJPAC contiene una lista de supuestos respecto de los cuales se imposibilita el ejercicio del derecho de acceso,¹⁰ pero recordemos que el apartado 6 del mismo artículo

7. También, artículo 212.4 de la LALG y artículo 130.2 de la LALAR.

8. En el mismo sentido, artículo 107.4 de la LALAR.

9. Recuérdese, a este respecto, que el artículo 46.2.b) de la LRBRL establece que en el caso de convocatoria de una sesión del Pleno, la documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día debe estar a disposición de los concejales o los diputados en la Secretaría de la corporación.

10. Se impide, en concreto el acceso a los siguientes expedientes: a) Los que contengan información sobre actuaciones del Gobierno del Estado o de las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas al derecho administrativo. b) Los que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado. c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la pro-

remite el supuesto del acceso de los miembros de las corporaciones locales a los documentos que obren en los archivos de las administraciones públicas a su legislación específica, remisión que se realiza de forma conjunta en el caso de los miembros de las Cortes y de los parlamentos autonómicos. Si ya de por sí, lo anterior hace inaplicables formalmente los supuestos del apartado 5, desde un punto de vista material. Aunque el acceso que nos ocupa pudiera verse afectado por las leyes que regulan dichas materias, no es nada probable que suceda así, ya que los documentos de las entidades locales difícilmente encajan en tales supuestos materiales.

Sin embargo, la legislación autonómica (artículo 149.3 de la LMC y artículo 107.3 de la LALAr) establece expresamente como límites de acceso:

- la vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal o familiar y a la propia imagen, y
- las materias afectadas por la legislación sobre secretos oficiales o secreto sumarial.

Estas limitaciones tienen, no obstante, como efecto inducido el de excluir cualquier otra causa que pudiese ser alegada por la alcaldía o la presidencia para denegar el acceso. Es decir, que en el ámbito competencial de estas comunidades autónomas no cabe alegar, por ejemplo, para la denegación del acceso el principio de eficacia administrativa en el funcionamiento de los servicios públicos.

Con relación a las materias afectadas por la legislación de secretos oficiales, cabe repetir lo mismo que en relación con la aplicación de límites derivados de la legislación material a que hace referencia el artículo 36.5 de la LRJPAC. Es decir, difícilmente existirá documentación de ese tipo en un ente local y, por supuesto, no corresponde al alcalde o el presidente clasificar su propia documentación a tal efecto.

Respecto al respeto al honor, a la intimidad personal y material y a la propia imagen, tanto el artículo 18.1 de la CE como la Ley orgánica 1/1982, de 5 de marzo, garantizan su protección. Sin embargo, hay que recordar que el artículo 8.1 de la Ley orgánica 1/1982 entiende que no son ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley.

En este sentido, cabe considerar que, si bien en todo momento debe ser aplicable el principio de proporcionalidad y, por tanto, debe predicarse que no debe accederse a una documentación que innecesariamente contenga datos personalizados, el artículo 46.2.b) de la LRRL, cuando menciona el acceso de los miembros del Pleno a la documentación relativa a los asuntos inclui-

dos en el orden del día, se refiere a la “documentación íntegra”. Por su parte, la legislación autonómica (artículo 149 de la LMC y artículo 107 de la LALAr) extiende la exigencia de la disponibilidad íntegra de la documentación a la celebración de cualquier sesión de cualquier órgano colegiado local del que formen parte los miembros de la corporación.

Téngase en cuenta que los concejales, además de su función representativa y de control y fiscalización, también son parte del poder ejecutivo local y coadyuvan a la formación de la voluntad colegiada final. Por ello, no es posible diferenciar entre miembros del equipo de Gobierno y miembros de la oposición a la hora de utilizar el límite del respeto a la intimidad ya que, si fuese operativa en relación con un determinado asunto, el límite debería aplicarse por igual con relación a todos los miembros de la corporación. Este acceso a la información confidencial que se justifica por razón del ejercicio del cargo, pasa a constituir un elemento del estatuto del concejal o el diputado; y, en cuanto tal, no cabe –so pena, como veremos, de vulneración del artículo 23 de la CE– un tratamiento desigual entre representantes populares.

2.5. El deber de reserva

La razón de un tratamiento igual ante el respeto a la intimidad parte no sólo del hecho de que la norma no distingue entre las funciones genéricas de los miembros de la corporación y las específicas de la función de Gobierno local que sólo correspondan a una parte de tales miembros, de cara a habilitar una mayor incidencia en la esfera de la intimidad de los ciudadanos, sino que, además, ello estriba en que sobre todo recae igualmente el deber de reserva.

El artículo 16.3 del ROF generaliza este deber de guardar reserva con relación a todas las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función.¹¹ Este deber, por tanto, va más allá del derivado del conocimiento de la documentación y se extiende a cualquier información recibida. De forma singular, el ROF destaca que el deber de reserva debe mantenerse con relación a las informaciones que constituyan antecedentes de decisiones pendientes de adopción. Esta puntualización pone de manifiesto la presunción de que cualquier miembro de la corporación puede acceder a datos personalizados a la hora de la tramitación administrativa de expedientes cuyo conocimiento o resolución final corresponda al órgano colegiado al que pertenezca.

tección de los derechos y las libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando. d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial. e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

11. En los mismos términos del ROF se manifiesta el artículo 227 de la LALG.

Del mismo modo, la norma extiende su advertencia de singularidad a la necesidad de evitar la reproducción de la documentación que les pueda ser facilitada, en original o copia, para su estudio. En realidad, esta norma debe interpretarse no en su literalidad, de la que se derivaría una prohibición genérica de realización de copias de los documentos, sino en el sentido de impedir la divulgación mediante copias de la información respecto de la que se tiene el deber de reserva.

La normativa autonómica (artículo 149.5 de la LMC¹² y, en términos similares el artículo 107.5 de la LALAr) reafirma el acceso de cualquier miembro de la corporación a informaciones confidenciales, en función del ejercicio de su cargo, confidencialidad que no sólo se refiere a la del conocimiento de asuntos internos del propio ente local, sino también a aquellos que pueden afectar a terceros.

2.6. El respeto al funcionamiento eficaz de los servicios públicos

El artículo 37.7 de la LRJPAC limita el acceso de los ciudadanos a los archivos y los registros públicos para garantizar que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos. En este sentido, se exige al ciudadano la formulación de una petición individualizada de documentos. Es decir, que la propia norma referida a los ciudadanos no limita el número de las peticiones, sino que simplemente cualifica estas peticiones, de forma que no supongan un trabajo extra de interpretación de las referencias genéricas dadas por el ciudadano. En cualquier caso, la configuración material de este acceso como un derecho de los ciudadanos, contemplado en el apartado h) del artículo 35 de la LRJPAC, hace que la Administración deba poner los medios adecuados para posibilitar el ejercicio de tal derecho. Es decir, tras la aprobación de la LRJPAC, e incluso ya antes en virtud del artículo 70.3 de la LRBRL, los servicios municipales no han podido permanecer inalterados y se han debido dotar de los medios que posibiliten el ejercicio de este derecho.

Si esto es así con relación a los ciudadanos, mucho más lo es con relación a los miembros de las corporaciones locales. En primer lugar, porque en su legislación específica nada se dice con relación a este extremo. En segundo término, porque la organización de los servicios debe ser reflejo del marco funcional que regula cada institución, dentro del cual se encuentran las funciones atribuidas a los miembros de las corporaciones locales que, como ya se ha mencionado, tienen relevancia de derecho fundamental a través del artículo 23

de la Constitución. En tercer lugar, recordemos que la normativa autonómica delimita taxativamente los supuestos que legitiman la limitación o la denegación del acceso de los miembros de las corporaciones locales a los documentos, entre los que no se encuentra el de la garantía de la eficacia en el funcionamiento de los servicios.

2.7. Las funciones propias de los miembros de las corporaciones locales

La principal función para la cual el ordenamiento prevé la puesta a disposición de los miembros de las corporaciones locales de la documentación necesaria es la relativa a la de control y fiscalización que realiza el Pleno, respecto de las competencias reservadas al alcalde y a las delegadas en la Comisión de Gobierno [artículos 22.2.a) y 33.2.e) de la LRBRL]. La importancia de esta función se conecta, como veremos más adelante, al funcionamiento mismo del sistema democrático, al considerarse parte del derecho fundamental a la participación política y al ejercicio de cargo público (artículo 23 de la CE).

Sin embargo, no se debe de olvidar que la doble naturaleza de los órganos colegiados locales, en tanto que foro de debate político y puro órgano administrativo, hace que esta última faceta debe cobrar la lógica administrativa del funcionamiento de los órganos colegiados.

Pese a la existencia de mayorías y minorías, el funcionamiento colegiado se basa no en la subdelegación de la competencia del órgano en la mayoría, sino en la coparticipación de todos los miembros del órgano en la adopción de la resolución definitiva. Así como, en la función de control y fiscalización al alcalde, la oposición no puede entrar en los debates políticos internos que conforman la voluntad de la alcaldía; en la función de gestión administrativa todos los datos y todas las informaciones deben estar a su disposición, por tratarse de un órgano que expresa la finalización de un procedimiento, que requiere, en los mismos términos que la Alcaldía, cuando actúa en el ámbito de sus funciones, el conocimiento de todos los antecedentes que obran en el expediente.

Además de las funciones ejecutivas y de control, desarrolladas en el Pleno, han de tenerse en cuenta las funciones de las denominadas “comisiones de control y seguimiento” previstas en los artículos 20.1.c) y 32.2 de la LRBRL. Estas comisiones tienen dos cometidos bien diferenciados en cuanto al tipo de actividad que debe realizarse en el seno de la misma y a la propia forma de funcionamiento. Así, en primer término, se le puede

12. Artículo 149.5 de la LMC: “Los miembros de la corporación respetarán la confidencialidad de la información a la que tengan acceso en virtud del

cargo si el hecho de darle publicidad pudiere perjudicar los intereses del ente local o de terceros.”

atribuir el “estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno”. De dicha redacción se desprende que estamos ante un órgano que pretende analizar con determinado detenimiento y profundidad asuntos concretos del Pleno; por ello, su funcionamiento requiere que se le dote del máximo de la información disponible en la corporación y que incluso pueda dirigirse a los servicios de la corporación para reclamar la elaboración de estadísticas o la desagregación de determinados datos vinculados al estudio, el informe o la consulta que se pretenda llevar a cabo.

En segundo lugar, a dicha comisión o a otra especializada se le puede atribuir el seguimiento de la gestión del alcalde o el presidente, de la Comisión de Gobierno y de los concejales o los diputados que ostenten delegaciones. Este tipo de comisión tiene dos características que la diferencian de la anterior. Por una parte, debe controlar la actividad del ejecutivo local y, por otra, la forma de hacerlo es a través un “seguimiento”. Ello quiere decir que este tipo de función requiere un acceso permanente a dicha información.

Existen finalmente órganos específicos, como la Comisión Especial de Cuentas (artículo 116 de la LRBRL), cuyos cometidos están más determinados y cuya actuación está procedimentalizada.

3. Criterios generales de interpretación

3.1. La vinculación del acceso a la documentación con el artículo 23 de la CE

En un claro paralelismo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a obtener información de los parlamentarios,¹³ el Tribunal Supremo, incluso antes que el propio Tribunal Constitucional, relacionó el acceso de los miembros de las corporaciones locales a la información con el artículo 23 de la CE. Esta relación se ha referido, no obstante, tanto a su apartado primero, donde se trata del derecho a participación política, como al segundo, donde se pone de relieve el derecho al ejercicio del cargo.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1998¹⁴ se señala: “[...] se entiende que la negativa a facilitar el acceso a dicha información impide tener conocimiento de cómo se ha llevado a cabo la actuación de los órganos responsables y, por tanto, la labor de control es ineficaz, al no poder conocer qué materia ha de ser objeto de control, y por ende, la participación en

los asuntos públicos se quiebra y con ello el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.1”.

Por su parte, la STS de 15 de septiembre de 1987¹⁵ declara que “[...] la obtención de información sobre asuntos de competencia municipal es un medio necesario para que los concejales puedan, con conocimiento suficiente, ejercer las funciones propias del cargo”.

Desde ambas perspectivas, lo importante es destacar que el acceso a la información es un medio esencial y adecuado para el ejercicio de funciones públicas. Su relevancia hace que no se ponga meramente en cuestión un problema de transparencia informativa, sino la propia racionalidad del funcionamiento del sistema democrático y del Estado de derecho. Este es un factor fundamental que siempre debe ser tenido en cuenta, especialmente cuando se trate de realizar una ponderación de intereses entre el acceso al documento y los límites que lo rodean.

El proceso de parlamentarización que se ha ido operando paulatinamente en el seno de las corporaciones locales, especialmente mediante la introducción de los procedimientos de moción de censura y de la cuestión de confianza, no hace sino reforzar la dimensión política de la vida local y, por ende, elevar el cometido de las funciones propias de los miembros de estas corporaciones.

Una última consecuencia de su reconocimiento como derecho fundamental ha sido la admisión, sobre la base de una jurisprudencia constante,¹⁶ de la tutela de este derecho mediante el proceso especial de protección de los derechos fundamentales (artículo 114 y siguientes de la LJCA).

3.2. El orden del sistema de fuentes

No se plantean, en general, problemas respecto al sistema de fuentes aplicable a la hora de delimitar la norma que debe regir el derecho de acceso a la documentación. Éste debe estar presidido en primer lugar, como es natural, por la propia Constitución y, en concreto, por el respeto a los derechos fundamentales, especialmente a través de las leyes orgánicas que los desarrollen.

De forma paralela a la anterior, podrían aparecer determinadas normas comunitarias que prediquen formas específicas de acceso a la información de sectores administrativos concretos, como ha sucedido con el medio ambiente.

A continuación, se nos presenta la propia LRBRL, cuya aplicación puede ser sustituida por otras normas a las

13. STC 161/1988, 181/1989 y 196/1990.

14. A la que han seguido numerosas sentencias del Tribunal Supremo: 9 de abril de 1987, 8 de noviembre de 1988, 7 de diciembre de 1988, 20 de julio de 1989, 5 de diciembre de 1995, 28 de mayo de 1997, 15 de diciembre de 1997 y 12 de noviembre de 1999.

15. A la que siguen las STS de 8 de noviembre de 1988, 19 de julio de 1989, 7 de mayo de 1996, y 9 y 15 de mayo de 1998.

16. STS de 5 de mayo de 1995, 3 de julio de 1995, 5 de diciembre de 1995, 26 de febrero de 1996, 7 de mayo de 1996, 10 de marzo de 1997, 12 de mayo de 1997, 28 de mayo de 1997, 9 de mayo de 1998 y 12 de noviembre de 1999.

que la LRBRL se remita, como es el caso del artículo 70.3, el cual en materia de acceso a la información de los ciudadanos se remite a la LRJPAC. También el contenido de la LRBRL puede venir completado por otra legislación estatal básica o plena, especialmente la derivada del artículo 149.1.18 de la CE.

Le siguen en el orden de prelación de fuentes las leyes autonómicas, las cuales, en este ámbito, tienen todavía un amplio campo de actuación, especialmente en la consecución de una procedimentalización eficaz de este derecho de acceso.

Posteriormente, tendríamos la propia normativa interna de los entes locales a través de la elaboración del reglamento orgánico. Esta normativa, aun sin poder entrar a regular los aspectos sometidos reserva de ley y no poder modificar los elementos que ya han sido objeto de regulación legal, puede completar adecuadamente elementos procedimentales y de funcionamiento interno de los servicios.

Finalmente se situaría el ROF, el cual sigue teniendo una vigencia un tanto sorprendente, dado que, como vemos, se encuentra situado en la parte inferior de la pirámide normativa. Esta vigencia se debe precisamente a la ausencia de una voluntad de regulación autonómica y local de estos extremos. Sin embargo, después de la jurisprudencia constitucional que ha limitado la potestad normativa del Estado con meros efectos supletorios, la imposibilidad de reformar el ROF se ha incrementado, ya que sólo serían legítimas las modificaciones mediante las cuales se regulasen aspectos básicos, que por su naturaleza no debieran incluirse en la propia LRBRL.

3.3. Tipos de documento a los que se tiene acceso

El artículo 77 menciona que el acceso se debe referir a los antecedentes, los datos y las informaciones “[...] que obren en poder de los servicios de la corporación”.

“Que obren en poder” implica en primer término que se trata de documentos ya existentes, es decir, que no cabe exigir desde este plano la elaboración de una nueva documentación. Ello no debe confundirse con la exigencia que rige para los ciudadanos que deben esperar en virtud del artículo 37.1 de la LRJPAC a que el procedimiento haya concluido. El concejal o el diputado puede acceder (artículo 16.3 del ROF) precisamente a todas las informaciones que consten en los antecedentes de los asuntos pendientes de resolución.

“Que obren en poder de la corporación” tiene varias aplicaciones. En primer lugar, estamos ante una referencia que categoriza la totalidad de la información por el

mero hecho de su titularidad. De ello se desprende que el acceso no se limita a la información derivada del funcionamiento reglado de los servicios, sino a todos los documentos realmente existentes. Asimismo, se refiere a los documentos originados en todo tipo de relaciones, ya sean jurídicas, sociales, económicas, artísticas o culturales, sean éstas, a su vez, derivadas de relaciones de derecho público o de derecho privado y se hubieran originado en la actual o en anteriores legislaturas.

El criterio de la titularidad hace que el acceso comprenda los documentos de que es legalmente titular la corporación, por lo que ello se extiende tanto a los documentos de la corporación, comprendidos todos los órganos de su persona jurídica, como a los documentos de las entidades públicas de ellas dependientes. La única excepción a este acceso deriva de aquellas empresas mercantiles municipales que actúen en el ámbito de la libre concurrencia, con relación a las informaciones que forman parte de la propia política empresarial y cuyo conocimiento por terceros pondría en peligro los objetivos económicos o comerciales de la misma.

3.4. Presunción de que los documentos solicitados formen parte de las funciones propias de los concejales y los diputados

Partiendo de la amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁷ que atribuye a la actuación de los miembros de las corporaciones locales una extensa gama de funciones, en términos similares a los que hemos analizado, en las que, además, en muchas ocasiones es inescindible la naturaleza política de la naturaleza administrativa del asunto, hay que concluir que corresponde al alcalde o presidente la prueba de que la solicitud de documentación va más allá de las funciones propias del concejal o el diputado.

Ello, además, se corresponde con el hecho de que este acceso haya sido considerado como derecho fundamental, por lo que su negativa exige una actividad expresa y positiva de quien niega tal derecho que justifique la corrección de tal denegación.

Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse que la propia consideración del cargo del solicitante hace que no sea necesaria una motivación expresa de la solicitud. En primer lugar, porque la norma (artículo 77 de la LRBRL) sólo exige motivar la resolución adoptada frente a la solicitud, no la solicitud en sí misma. En segundo término, porque la función de control implica en muchas ocasiones una estrategia política cuyo secreto debe estar garantizado.

17. STS de 8 de noviembre de 1988, de 7 de mayo de 1996, de 28 de mayo de 1997, de 9 de mayo de 1998 y de 12 de noviembre de 1999.

3.5. Presunción de que la petición de documentos no obstaculiza el funcionamiento de los servicios

Existe una suficiente serie de argumentos que indican que la petición de documentos no puede ser negada mediante la alegación de que con ello se obstaculiza el funcionamiento de los servicios.

En primer lugar, en determinadas comunidades autónomas, donde se han regulado expresamente las posibles causas de denegación o limitación del acceso a la información, no aparece esta causa.

En segundo término, se trata de una causa regulada con ocasión del acceso de los ciudadanos a los archivos y los registros públicos en el artículo 37.7 de la LRJPAC, que expresamente no se aplica al caso que nos ocupa [artículo 37.6.f) de la LRJPAC].

En tercer lugar, las propias funciones del cargo de concejal o diputado, que llevan aparejadas como elemento instrumental el acceso a la información considerado como un derecho fundamental, deben ser satisfechas por los servicios locales como una manifestación del Estado de derecho, en el cual no cabe que una determinada organización de los servicios impida que la función pública pueda ejercerse adecuadamente.

En cuarto lugar, al ser el alcalde o el presidente quien pudiese alegar esta causa y, al mismo tiempo, ser la autoridad de quien depende la organización de los servicios administrativos de la corporación, lo que le corresponde hacer es adoptar las disposiciones pertinentes para compatibilizar el acceso a la documentación y el funcionamiento de los servicios. Incluso, tal como señala la STS de 1 de abril de 1995, mediante su puesta a disposición progresiva y escalonadamente.

4. Algunos problemas interpretativos

4.1. El acceso a los registros de intereses

El artículo 75.7 de la LRBRL,¹⁸ tras la reforma realizada por la Ley 9/1991, establece la necesidad de que los miembros de las corporaciones locales formulen dos tipos de declaraciones, con arreglo a modelos aprobados por los plenos respectivos. Una, en la que se deben hacer constar las causas de posible incompatibilidad y las actividades que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos. Otra, en la que se relacionen sus bienes patrimoniales.

Estas declaraciones deben ser inscritas en dos registros distintos, teniendo carácter público el relativo a las causas de incompatibilidad y actividades económicas.

Esta regulación estatal se completa con lo establecido en el artículo 32 del ROF, que exige para el acceso al registro de intereses la acreditación de un interés legítimo directo. Esta exigencia es a todas luces innecesaria con relación al registro de incompatibilidades y actividades, permaneciendo su dictado únicamente respecto del registro de bienes.

En este sentido, cabe recordar que la STS de 7 de diciembre de 1988 entiende que la propia cualidad de concejal opera en estos la titularidad de un interés legítimo y directo exigida por el artículo 32 del ROF para el acceso a la información contenida en el registro de intereses.

Desde otro ángulo, la reforma operada en la LRBRL por la Ley 9/1991 hace que la regulación establecida a este respecto en el artículo 148.4 de la LMC haya quedado superada. En este se exigía un acuerdo del Pleno para el acceso al registro de intereses, tanto de los miembros de la corporación como de todos aquellos que acreditasen un interés legítimo y directo.

A mi juicio, es de directa aplicación la actual redacción del artículo 75.7 de la LRBRL, aplicación que viene facilitada por la regulación directa por este precepto de dos tipos de registros a los que se encaminan dos tipos de declaraciones cuyos modelos aprueban los plenos locales. Por ello, la especial autorización exigida por la LCM debe limitarse al registro de bienes, siendo público el acceso al registro de incompatibilidades y actividades.

Por su parte, en el artículo 110.4 de la LALAr se establece que sólo podrán expedirse certificaciones del registro de bienes patrimoniales a petición del declarante, del Pleno o del alcalde, del partido o la formación política por la que hubiera sido elegido y de un órgano jurisdiccional. Pese a su aparente mayor limitación, es una formulación más abierta que la de la LMC, ya que permite el acceso a otros sujetos además del Pleno. Ante el hecho de que a los peticionarios no se les exige ningún deber específico de reserva, podría plantearse que cualquier persona pudiera solicitar al alcalde, al Pleno o al partido político dicha información. Si ello no es posible por un eventual deber de reserva querría decir que las certificaciones obtenidas por los peticionarios, excluidos el propio declarante y los órganos jurisdiccionales, no podrían hacerse públicas.

18. Artículo 75.7 de la LRBRL: "Todos los miembros de las corporaciones locales formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos.

"Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales.

"Ambas declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los ple-

nos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y cuando se modifiquen las circunstancias de hecho.

"Tales declaraciones se inscribirán en sendos registros de intereses constituidos en cada corporación local. El registro de causas de posible incompatibilidad y de actividades tendrá carácter público."

Tanto en este caso como en el de la LMC se produce un hecho político similar que consiste en que, en la generalidad de los casos, a través del Pleno la mayoría política puede tener conocimiento de la declaración de bienes realizada por los miembros de la oposición, mientras que, al contrario, ello no es posible. Por este motivo podría entenderse que esta regulación afecta al ejercicio del cargo en condiciones de igualdad protegido por el artículo 23.2 de la CE.

4.2. Los problemas derivados de la obtención de la autorización del acceso al documento por silencio positivo

Como sabemos (artículo 77 de la LRBRL), la solicitud de acceso al documento debe ser resuelta por el alcalde o el presidente en un plazo de cinco días, o de cuatro en determinadas comunidades autónomas. A su vez, tanto el ROF como la legislación autonómica han declarado que el transcurso de este plazo sin que se hubiese producido una resolución da lugar a una situación de silencio positivo.

La principal doctrina en esta materia (FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Los concejales y el acceso a la información*, p. 162 y ss. Ed. Comares. Granada. 2001) plantea que este sistema produce un efecto más nocivo que si se hubiese adoptado un régimen de silencio negativo, esencialmente porque ganado el silencio positivo el concejal o el diputado no encuentran ningún mecanismo para actuar en contra de una inactividad material de los servicios que le impidan acceder realmente al documento.

Sin quitar fundamento a dichas objeciones, a mi juicio los términos en que debe realizarse el análisis sobre los efectos del silencio positivo del transcurso del plazo para resolver la solicitud de acceso al documento es el siguiente.

En primer lugar, este supuesto de silencio positivo tiene como único efecto el superar la inactividad del alcalde o el presidente, ya que el plazo de cinco o cuatro días se refiere sólo a la resolución que debe ser emanada por éstos para autorizar la puesta a disposición del solicitante de la documentación requerida. No se refiere, en cambio, a la obtención misma del documento. Precisamente, lo que debe señalarse es la ausencia de un plazo para este procedimiento, ya que la aplicación residual del plazo de tres meses del artículo 42.3 de la LRJPAC no guarda relación con el objeto del procedimiento de acceso a este tipo de documentos. Estamos en realidad ante un procedimiento complejo en el cual la resolución inicial del alcalde o el presidente no es más que un acto de trámite.

Por otra parte, el problema que se desvela es el de la inactividad administrativa en connivencia con la voluntad implícita o tácita del alcalde de no facilitar el acceso a los documentos. Pero esta situación también se puede producir en los supuestos de acceso directo en los que

no es preciso tal autorización o en aquellos mismos en que existe una autorización expresa de acceso. Incluso, desde la perspectiva de operar con un supuesto de silencio negativo para la falta de resolución del alcalde o el presidente, el problema no necesariamente se solucionaría, pues, tras haber superado judicialmente el silencio, tendrían que superar luego la inactividad de la Administración.

Por ello, lo fundamental es poder actuar objetivamente frente a dicha inactividad. Así, el artículo 41 de la LRJPAC combate esta inactividad mediante la figura del responsable del procedimiento, con eventuales consecuencias disciplinarias. El posterior problema que se plantearía para superar la negativa del alcalde o el presidente para abrir el correspondiente expediente disciplinario, solo tiene solución a través de la apertura jurisprudencial de contemplar al denunciante perjudicado como una verdadera parte del procedimiento.

Finalmente, también hay que tener en cuenta que el delito contra los derechos cívicos contemplado en el artículo 542 del Código penal contempla como sujeto activo tanto a las autoridades como a los funcionarios; por lo que, tras constatar que se ha presentado al funcionario responsable la copia de la solicitud, por cuya fecha se desprende la operatividad del silencio positivo y comprobar la renuencia de éste a facilitar el documento requerido, queda también en este caso abierta la vía penal.

5. Bibliografía

- ALSINA GISBERT, P. A. "Acceso a la documentación municipal por parte de los concejales (derecho a estar informado)". REALA, n.º 269.
- DEL OLMO DEL OLMO, J. A. "La tutela jurídica del derecho de los concejales a acceder a las informaciones y los documentos de interés municipal". AA, n.º 9. 1997.
- DOMÍNGUEZ VILA, A. *El estatuto político de los cargos electos locales*, "La reforma del régimen local". JA, n.º extra. 2000.
- "Las retribuciones e indemnizaciones de los miembros de las corporaciones locales y el derecho constitucional a la intimidad personal". REALA, n.º 249.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Marcial Pons. Madrid. 1997.
- Cuatro casos sobre el derecho de acceso a los documentos administrativos*, en AA.VV. "El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos". Consejería de Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Toledo. 2001.
- Los concejales y el acceso a la información*. Ed. Comares. Granada. 2001.
- "El derecho de acceso a la documentación pública en la administración local", en JA, n.º 17. 2002.
- KONINCKX FRASQUET, A. "Derecho de los concejales

al acceso a la información". *El Consultor*, n.º 13. Julio, 1991.

—LANDA GOROSTIZA, J. "Impedimento de derechos cívicos y otros delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales", en *Delitos contra la Administración pública*. IVAP. Oñati. 1997.

—LORENTE TALLADA, J. L. "El derecho de información de los miembros de las corporaciones locales". *El Consultor*, n.º 3. Febrero, 1998.

—MESTRE DELGADO, J. F. "El acceso a los registros administrativos: un derecho de la nueva generación". *El acceso judicial a la obtención de datos. Cuadernos del Derecho Judicial*. CGPJ. 1997.

El derecho de acceso a los archivos y los registros administrativos. 2ª ed. Civitas. Madrid. 1998.

—NASARRE ALASTRUEY, R. *El estatuto de los miembros de las corporaciones locales*. Diputación de Huesca. 1992.

—PÉREZ LUQUE, A. "Los derechos de información y de obtención de copias de documentos por parte de los miembros políticos de las administraciones públicas locales". *El Consultor*, n.º 1. Enero, 1992.

—POMED SÁNCHEZ, L. A. "El acceso a los archivos administrativos: El marco jurídico y la práctica administrativa". RAP n.º 142.

—RAZQUIN LIZARRAGA, M. "La protección penal de los derechos de las minorías políticas de los Ayuntamientos". RVAP, n.º 37. 1993.

—SÁINZ MORENO, "Secreto e información en el derecho público", en *Estudios de la Constitución en homenaje a García de Enterría*. Civitas. Madrid. 1991. ■

La autonomía local en España en los albores del siglo xxi¹

1. Introducción: la especial posición ordinamental de los tratados internacionales.
 2. La reincidencia de la Generalitat de Cataluña en la pretensión de hacer desaparecer a las diputaciones provinciales catalanas.
 3. Propuesta de futuro sobre el significado y el alcance de la autonomía local en los albores del siglo xxi.
- Anexo: marco legal.

Ferran Torres Cobas
*Secretario de Administración local
y profesor asociado de Derecho Constitucional
de la Universidad Pompeu Fabra*

1. Texto de la comunicación presentada en el seminario sobre la incidencia de la Carta Europea de la Autonomía Local en el ordenamiento jurídico interno, organizada por la Fundación Democracia y Gobierno Local, que se

celebró en la localidad de la Seu d'Urgell (Lérida) durante los días 25 y 26 de abril de 2003. La Fundación ha previsto editar un libro que incluirá el texto íntegro de todas las ponencias y las comunicaciones presentadas.

“La razón no puede surgir si no es a través de la libre discusión. Es necesario que haya posiciones enfrentadas para que pueda surgir la razón, es decir, es necesaria la libertad. Sólo así podrá aparecer la razón y su corolario el progreso en la vida humana.”

1. Introducción: la especial posición ordinamental de los tratados internacionales

Creo que la anterior frase de De Esteban y López Guerra constituye un buen inicio para este seminario organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, entidad que tiene por finalidad contribuir y dar soporte a todo tipo de actuaciones e iniciativas para el conocimiento, el estudio y la difusión del derecho local en sus aspectos políticos, administrativos, legales y jurisprudenciales.²

La reunión de un grupo de especialistas de reconocido prestigio para debatir, previa entrega de sus ponencias, sobre la incidencia de la Carta Europea de la Autonomía Local (en adelante, CEAL) en el ordenamiento jurídico interno, con especial incidencia de su alcance en la financiación de las diputaciones provinciales, supone una magnífica oportunidad para debatir y profundizar sobre la gran importancia y las consecuencias que ha tenido para el ordenamiento jurídico local español la ratificación de la CEAL. Si del resultado de los debates surge la luz o la razón es algo que el lector habrá de juzgar examinando las diferentes ponencias presentadas en el seminario.

Las entidades locales españolas se juegan mucho en esta discusión porque sabido es que mientras nuestra Constitución enumera cuidadosamente las competencias que pueden asumir las comunidades autónomas y las que corresponden en todo caso al Estado (artículos 148 y 149 de la CE), al referirse a los entes locales (municipios, provincias e islas) se limita a reconocerles autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, pero sin definir qué debe entenderse por autonomía local.

La laguna constitucional antes denunciada tuvo que ser cubierta por el Tribunal Constitucional, puesto que cuando se le plantearon los primeros recursos referidos a la autonomía local no existía la LBRL ni la CEAL. Un magnífico aunque largo resumen de su actual doctrina se encuentra compendiado en el FJ 2 de la STC 109/1998, de 21 de mayo, a la que me referiré más ampliamente en el epígrafe siguiente, donde se dice:

“Ahora bien, la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, ‘[...] sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la ima-

gen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar’, de suerte que solamente podrá reputarse desconocida dicha garantía ‘[...] cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre’. (STC 32/1981, FJ 3)

“Por otra parte, ‘[...] la concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador, incluyendo la especificación del ámbito material de competencias de la entidad local, así como las fórmulas o los instrumentos de relación con otras entidades públicas y con el sistema de controles de legalidad constitucionalmente legítimos. [...] En primer término, la ley debe especificar y graduar las competencias provinciales teniendo en cuenta la relación entre intereses locales y supralocales en los asuntos que conciernen a la comunidad provincial y sin más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza.’ (STC 27/1987, FJ 2)

“En consecuencia, el reconocimiento de esta garantía institucional entraña que la autonomía provincial se halla protegida en cuanto reducto indisponible o núcleo esencial que ha de ser respetado tanto por el Estado como por los poderes autonómicos. (STC 213/1988, FJ 2, y 259/1988, FJ 2)

“Pues bien, descendiendo a la vertiente funcional de la autonomía provincial, el artículo 137 de la CE se proyecta en la exigencia de que el legislador ha de atenerse a un ‘mínimo competencial’ que, como competencias propias, ha de reconocerse al ente local, a cuyo fin los órganos representativos de éste han de hallarse dotados de aquellas potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible. (STC 32/1981, FJ 4; 170/1989, FJ 9, y 40/1998, FJ 39)

De ahí que, refiriéndonos específicamente a la provincia, *ya advirtiésemos al futuro legislador básico que estaba a su alcance [...] disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes pero no eliminarlas por entero; y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido sólo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía, que es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución*. [STC 32/1981, FJ 3, reiterado en la STC 214/1989, FJ 13.c)]

“De lo anterior se sigue que el legislador estatal básico ha de respetar la garantía institucional de la autonomía provincial, al regular la dimensión funcional o competencial de la autonomía local. Hemos de precisar, sin embargo, que no toda incidencia en la esfera competencial de la entidad local debe reputarse lesiva de la mencionada garantía institucional, toda vez que ésta no se concibe como una garantía absoluta que impida toda

2. Las actividades y los estatutos de la Fundación Democracia y Gobierno Local pueden ser consultados por Internet en la siguiente dirección: www.gobiernolocal.org.

suerte de afectación de la esfera de competencias legalmente asignadas, sino únicamente aquellas que menos caben o vulneren el núcleo esencial e indisponible de la autonomía provincial, sin el cual ésta no presentaría los caracteres que la hacen reconocible como institución.

"Solamente, por tanto, en aquellos casos en que, tras la injerencia, no subsista una verdadera capacidad decisoria propia del ente local, podrá afirmarse que se ha infringido la garantía institucional, dado que la autonomía provincial se habrá visto privada '[...] prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre', burlándose de tal modo la interdicción consistente en la ruptura clara y neta con la '[...] imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.' (STC 32/1981, FJ 3, y STC 38/1983, FJ 6)

"Pues bien, en la provincia, en cuanto entidad local 'determinada por la agrupación de municipios' (artículo 141.1 de la CE), cuya autonomía –de rasgos y perfiles específicos respecto de la autonomía municipal– es la concernida en este proceso constitucional, cabe considerar como núcleo de su actividad el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial, a cargo de las diputaciones provinciales u otras corporaciones de carácter representativo, actividad que se traduce en la cooperación económica a la realización de las obras y los servicios municipales, y que es llevada a la práctica a través del ejercicio de su capacidad financiera o de gasto público por parte del ente provincial. Es esta actuación cooperadora, pues, la que cabe identificar como el núcleo de la autonomía provincial, de tal manera que la ablación o el menoscabo sustancial de dicho reducto indisponible han de reputarse lesivos de la autonomía provincial constitucionalmente garantizada."

A la vista de esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es extraño que nuestra doctrina, con Tomás Ramón Fernández a la cabeza, afirme que las corporaciones locales carecen de una garantía constitucional precisa, pues siendo la legislación ordinaria la que habrá de determinar y cuantificar esa autonomía, que no goza de las ventajas constitucionales al no ser la Ley de régimen local una ley orgánica, ello significa que la autonomía local queda al arbitrio de cualquier mayoría parlamentaria coyuntural.

Ahora bien, hay un aspecto legal importante –al cual el Tribunal Constitucional no hizo mención alguna en su Sentencia de 21 de mayo de 1998–, que permite tener una concepción de la autonomía local que difiere, en algunos puntos, de la sustentada por el alto tribunal. Me refiero, a la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Carta Europea de la Autonomía Local.

En efecto, es sabido que la Carta Europea de la Autonomía Local, elaborada en la localidad de Estrasburgo el

15 de octubre de 1985, es un tratado internacional, celebrado entre diversos estados miembros del Consejo de Europa, cuyo objetivo es potenciar la autonomía de los entes locales de los estados signatarios. El Reino de España ratificó este tratado internacional mediante el Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988, publicándose en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 47, de 24 de febrero de 1989, y entrando en vigor el día 1 de marzo de 1989, de conformidad con lo establecido en el artículo 15.3 de la Carta. El instrumento de ratificación de la Carta dice:

"Por cuanto el día 15 de octubre de 1985, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Estrasburgo la Carta Europea de la Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985.

"Vistos y examinados los dieciocho artículos de dicha Carta,

"Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

"Vengo en aprobar y ratificar cuanto en ella se dispone, como en virtud del presente la apruebo y ratifico, prometiendo cumplirla, observarla y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes; a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza mando expedir este instrumento de ratificación firmado por mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito ministro de Asuntos Exteriores, con la siguiente declaración:

"El Reino de España declara que la Carta Europea de la Autonomía Local se aplicará en todo el territorio del Estado en relación con las colectividades contempladas en la legislación española de régimen local y previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución. No obstante, el Reino de España únicamente no se considera vinculado por el apartado 2 del artículo 3 de la Carta en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma."

La transcripción es relevante porque los tratados internacionales tienen fuerza activa contra las leyes, o dicho de otra manera tienen capacidad para modificar y derogar las disposiciones contenidas en las leyes anteriores que se les opongan, mientras que para derogar, modificar o suspender sus disposiciones se debe seguir la forma prevista en los propios tratados o seguir las normas generales del derecho internacional (artículo 96 de la CE). O sea, que para denunciar la Carta hay que seguir el procedimiento descrito en el artículo 17 de la misma, además de utilizarse el mismo procedimiento previsto en la Constitución para su aprobación (artículo 96.2 de la CE).

La mención específica que hace el instrumento de ratificación de la Carta, referida a haber obtenido la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución nos indica que la Carta es uno de aquellos tra-

tados internacionales que comporta, o puede comportar, la modificación o la derogación de alguna ley, pues éste es uno de los supuestos en los que el precepto constitucional mencionado exige la previa autorización de las Cortes Generales para la incorporación del texto del tratado al ordenamiento jurídico español. Es cierto que ni en la Carta ni en el instrumento de su ratificación aparece una cláusula de derogación expresa del derecho nacional contrario a sus contenidos. No es menos cierto, sin embargo, que cuando se produce esta contradicción, entre ambas normas, el operador jurídico está legitimado para inaplicar el derecho nacional y aplicar el derecho del tratado, sin necesidad de pronunciarse sobre su validez, según se infiere de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena de 1969 sobre derecho de tratados y de la regla de resolución de conflictos normativos, conforme a la cual el derecho válido posterior desplaza al anterior.³

Además, es una práctica habitual en nuestro derecho que los instrumentos de ratificación de los tratados no contengan cláusulas derogatorias (ni siquiera el Tratado de la Unión Europea lo contiene), sin que ello sea obstáculo para aplicar la cláusula general de derogación que contiene el artículo 2.2 del Código civil.

Ahora bien, interesa destacar que la contradicción entre tratados y leyes constituye un problema de selección del derecho aplicable que debe ser resuelto por los tribunales ordinarios, y no por el Tribunal Constitucional. Al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente –haciendo patente la relevancia de la aplicabilidad de los tratados, desde la perspectiva de los tribunales ordinarios y de la propia Administración pública– en diversas sentencias. En la STC 28/1991, de 14 de febrero, el alto tribunal declaró (FJ 5):

“Ningún tratado internacional recibe del artículo 96.1 de la Constitución más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, F.14, in fine) (RTC 1988, 49), sino que, como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a

los órganos judiciales en los litigios de que conozcan.”

Por su parte, en la STC 142/1993, de 22 de abril, el tribunal afirma:

“3) De igual modo ha de rechazarse que los preceptos impugnados de la Ley 2/1991 contradigan el artículo 96.1 de la CE. Los recurrentes basan esta afirmación en la circunstancia de que la ley, a su juicio, pretende sustituir la actuación de la Inspección de Trabajo por la de los representantes legales de los trabajadores y, con ello, deroga lo establecido en el Convenio 81 de la OIT. Como ha afirmado este tribunal, la mera contradicción de una ley y un tratado no implica que aquélla sea contraria al artículo 96.1 de la CE (STC 28/1991, FJ 8); *‘No corresponde a este tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni éstos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad’* (STC 49/1988, 84/1989 y 47/1990). Por ello, este tribunal no debe entrar a analizar si la Ley 2/1991 contradice el Convenio 81 de la OIT por impedir ejercer a la Inspección de Trabajo las funciones que, de acuerdo al Convenio 81 de la OIT, le corresponden.

“En consecuencia, la presunta contradicción entre la ley impugnada y la normativa de la OIT no autoriza para sustentar una pretensión de inconstitucionalidad de aquélla.”

Por último la STC 235/2000, FJ 11, mantiene esa misma doctrina cuando una de las partes alegaba vulneración de la CEAL, diciendo:

“11) *La impugnación del sistema de libre designación con base en lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante instrumento de 20 de enero de 1988 (Boletín Oficial del Estado, de 24 de febrero de 1989), ha de ser igualmente desestimada. En efecto, el citado artículo dispone que: ‘[...] el Estatuto del personal de las entidades locales debe permitir una selección de calidad, fundamentado en los principios de mérito y capacidad; a este fin, debe reunir condiciones adecuadas de formación, remuneración y perspectivas de carrera.’ Pues bien, con independencia de que los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal* (STC 49/1988, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio,

3. El Convenio de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el derecho de los tratados, fue ratificado mediante el Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972 (BOE 142, de 13 junio de 1980). Los artículos relevantes del convenio son los siguientes:

–Artículo 26. *Pacta sunt servanda*:

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

–Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

–Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados:

1) El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para dictar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma fundamental de su derecho interno.

2) Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

FJ 5), la simple lectura del texto transcrito permite constatar que la exigencia del mérito y la capacidad viene referida a la selección del personal de las entidades locales; exigencia que, sin género de duda, resulta respetada con la habilitación de carácter nacional de los funcionarios locales (artículos 98 de la LBRL, 159 del Real decreto legislativo 781/1986 y de 20 a 25 del Real decreto 1174/1987, si bien los artículos 24.3 y 25 de esta última norma fueron derogados por el Real decreto 731/1993)."

Desde esta perspectiva, la doctrina mayoritaria,⁴ con el profesor Ignacio de Otto a la cabeza, mantiene que partiendo de la premisa de que el Estado requiere autorización previa de las Cortes Generales para obligarse mediante tratados y convenios que supongan la modificación o la derogación de alguna ley [artículo 94.1.e) de la CE], pero no para la suscripción de otros tratados, y que las disposiciones incluidas en los tratados internacionales sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los mismos tratados, o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional (artículo 96.1 de la CE), llega a la conclusión de que la compleja relación entre los tratados y las leyes es más fácil de comprender si se tiene en cuenta que las relaciones entre normas no vienen determinadas únicamente por el criterio de la validez, sino también por reglas acerca de la aplicación y la eficacia, y que ambos criterios pueden combinarse.

En efecto, las relaciones entre el tratado y las leyes anteriores a él se articulan sobre la base de la validez, equiparando leyes y tratados cuando éstos han sido aprobados con una ley orgánica o con la autorización de las Cortes, y subordinando el tratado a la ley, cuando aquél ha sido aprobado sólo por el Gobierno, supuesto éste último en el que el tratado y las leyes posteriores se articulan sobre la base de reglas de aplicación. Un tratado no puede ser modificado por una ley, ciertamente, pero eso no significa que la ley contraria a un tratado en vigor sea nula, sino tan sólo que el tratado prevalece sobre ella. Por eso la inderogabilidad del tratado por la ley es una peculiar resistencia en cuanto no conlleva, como la fuerza pasiva propiamente dicha, la nulidad de la ley posterior contraria al tratado.

Esta combinación de criterios da lugar a una relación *sui generis*, no reducible al concepto de jerarquía y perfectamente explicable a partir de la naturaleza misma de los tratados. Para contraer obligaciones internacionales contrarias a la Constitución o a la ley se exige la reforma de aquélla (artículo 95) o la autorización del legislador

[artículo 94.1.d)], requisitos sin los cuales sólo cabe obligarse en la medida en que con ello no se vulnere la legalidad (artículo 94.2). Pero, una vez contraída válidamente la obligación, ésta no puede alterarse unilateralmente por ningún órgano del Estado, tampoco por el legislador, porque ello supondría negar el principio *pacta sunt servanda*, y por ello el tratado se aplicará por encima de la ley.

La doctrina internacionalista y otros civilistas destacados como Xavier O'Callaghan⁵ se inclinan por la superioridad jerárquica de los tratados internacionales sobre la ley, por mor del artículo 96 de la CE. En cualquier caso ese debate teórico es estéril, a los efectos que aquí interesan, pues toda la doctrina coincide en que ante una antinomia entre los preceptos incluidos en una ley y los incorporados a un tratado internacional, autorizado por las Cortes Generales, prevalecen los contenidos en el tratado, con independencia de que la ley sea anterior o posterior a la entrada en vigor del tratado.

Para el Tribunal Constitucional, como ya hemos dicho, los tratados internacionales no son parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino que tienen la consideración de normas que, dotadas de la fuerza pasiva que el artículo 96.1 de la CE les otorga, forman parte del ordenamiento interno. A pesar de ello el Tribunal Constitucional no ha tenido reparo alguno en proclamar el valor jurídico de los tratados, en su temprano Auto 740/1984, de 28 de noviembre, donde dijo:

"No se trata, como afirman los demandantes, de una limitación ilegal de lo dispuesto en el Estatuto de los trabajadores que es de obligada aplicación. De conformidad con el artículo 96 de la Constitución: '[...] los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional'. Esto significa que, supuesta la validez –de conformidad con la legislación vigente en su momento– del convenio cuestionado, lo establecido en el Estatuto de los trabajadores sobre comités de empresa no le afecta, puesto que la modificación, la derogación o la suspensión del artículo 16 del convenio sólo puede producirse en la forma prevista en el convenio o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional, pero no por una ley interna.

4. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, pp. 124 a 126, Ariel, 1991. En el mismo sentido vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*, pp. 643 a 646, Dykinson, 1992; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo I*, pp. 170 a 172, Civitas, 1991, y LÓPEZ GUERRA, Luís y otros. *Derecho constitucional I*, pp. 116 a 119, Tirant lo Blanch, 2002.

5. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luís I. *Curso de derecho internacional público*, p. 288, Civitas, 2002; O'CALLAGHAN, Xavier. *Código civil comentado con jurisprudencia, la Ley 2001*, p. 4.

“Es el Convenio de cooperación el que –una vez publicado– establece el ordenamiento jurídico español sobre la materia discutida.”

Naturalmente el Tribunal Supremo no podía permanecer ajeno a la especial posición ordinamental de los tratados internacionales, por lo que a la hora de resolver diversos litigios ante él planteados no ha dudado en afirmar, entre otras cosas, que “[...] de existir alguna disconformidad entre el Convenio de París y el Estatuto de la propiedad industrial, habría de prevalecer lo dispuesto en aquél habida cuenta del número uno del artículo 96 de la Constitución, y del cinco del primero del Código civil” (STS de 3 de febrero de 1987; RJ 1987/678); o que “[...] el convenio, ratificado por España, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, es indudable fuente del ordenamiento jurídico español, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.5 del Código civil y 96 de la Constitución” (STS de 24 de octubre de 1995, RJ 1995/7847) y que “[...] la sentencia de instancia no ignora o prescinde del Convenio de cooperación de 1953 entre España y la República Dominicana, sino que, al contrario, afirma tajantemente que, por lo tanto, deberá aplicarse prioritariamente lo dispuesto en el Convenio cultural entre España y la República Dominicana que establece la plena equivalencia entre los títulos y los diplomas de ambos países”. (STS de 21 de noviembre de 2001, RJ 2001/9721)

Además, el Tribunal Supremo ha declarado en jurisprudencia reciente que la CEAL forma parte del bloque de la constitucionalidad (STS de 6 de marzo de 2000, RJ 2000/6133), cuya infracción es motivo suficiente para la interposición de un recurso de casación (STS de 16 de mayo de 2001, RJ 2001/4726, y de 18 de noviembre de 2002, RJ 2002/9866) e incluso ha casado y anulado una sentencia que, a su vez, anuló un acuerdo municipal referido a la asunción por el ayuntamiento del coste de los juicios a los insumisos del municipio, por considerar que el acuerdo impugnado tenía cobertura legal en la CEAL (STS de 15 de febrero de 2002, RJ 2002/2914).

Admitida pues, la obligada inaplicación de las leyes anteriores a la Carta, y contrarias a su contenido, procede ahora examinar el supuesto concreto que nos ocupa, supuesto que nos permitirá poner de manifiesto si la autonomía local que nuestra Constitución reconoce a municipios y provincias está suficientemente garantizada, o no.

2. La reincidencia de la Generalitat de Cataluña en la pretensión de hacer desaparecer a las diputaciones provinciales catalanas

Es un hecho sabido que en el año 1980 el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 6/1980, de 17 de diciembre, por la que se ordenaba la transferencia urgente y plena de las diputaciones catalanas a la Generalitat y que, dicha ley, orientada a la supresión de los entes provinciales, fue

declarada inconstitucional mediante la STC 32/1981, de 28 de julio. La garantía institucional de la provincia y, por ende, el reconocimiento constitucional de su autonomía política y financiera como ente local que, junto al municipio, conforman en el diseño constitucional un obligado tercer nivel de gobierno (Administración General del Estado, Administración autonómica y Administración local) fue el pilar sobre el que descansó el razonamiento del Tribunal Constitucional en aquella sentencia, a la que pronto seguirían otras muchas que han insistido en la misma línea argumental.

Sin duda, esta doctrina constitucional fue tenida en cuenta por el legislador al aprobar la Ley 7/1985, de bases de régimen local, en cuyo artículo 36.1 se dispuso qué competencias han de ser, en todo caso, propias de las diputaciones provinciales con independencia de aquellas otras que las leyes del Estado o de las comunidades autónomas les atribuyan en los diferentes sectores de la acción pública. La normativa básica estatal determinó, igualmente, que mientras la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas no dispusiese otra cosa, los municipios, las provincias y las islas “[...] conservarán las competencias que les atribuye la legislación sectorial vigente” (disposición transitoria segunda de la LRRL).

Es éste el contexto legal en el que el legislador catalán aprobó, sin consenso, el paquete de leyes referidas a la organización territorial de Cataluña, conocidas con el nombre de LOTC, integradas por la Ley 5/1987, de 4 de abril, del régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales; la Ley 6/1987, de 4 de abril, de organización comarcal de Cataluña; la Ley 7/1987, de 4 de abril, sobre la conurbación de Barcelona; la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, y la Ley 23/1987, de 23 de diciembre, por la cual se establecen los criterios de financiación del Plan único de obras y servicios.

La exposición de motivos de la primera de las leyes mencionadas explicita, sin disimulo alguno, una concepción de la autonomía provincial que claramente se aparta de la doctrina del Tribunal Constitucional existente sobre la materia. Dice así:

“La Ley básica sólo contiene un reconocimiento competencial específico de la provincia en materia de asistencia y cooperación jurídica, técnica y económica a los municipios, que se instrumenta esencialmente por medio de los planes de obras y servicios y en la función subsidiaria de garantía de los servicios municipales [...]. La conclusión que hay que sacar es que la Ley básica limita el núcleo de la autonomía provincial a las competencias ya mencionadas de asistencia y cooperación, que, si se respetan, hace perfectamente constitucionales tanto las opciones que restringen el papel de la provincia a aquellas funciones, como aquellas otras que eventualmente la amplían por la vía de la legislación sec-

torial. Pero el trato competencial de la provincia en Cataluña se ha de matizar, todavía, desde otras perspectivas. Una de ellas es la importante modulación que tienen las mismas competencias de asistencia y cooperación que se hacen mediante los planes provinciales de obras y servicios. De acuerdo con lo que establecen el Decreto 2115/1978, de 28 de julio, el Estatuto de autonomía, la propia Ley básica, y ha estado también reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe entenderse que en Cataluña las funciones de cooperación en las obras y los servicios municipales se instrumentan mediante el Plan único elaborado y aprobado por la Generalitat, en el cual se integran las aportaciones del Estado y las diputaciones. También cabe destacar las técnicas de coordinación que se pueden aplicar al ejercicio de las competencias provinciales. Mediante los diferentes mecanismos que establece y regula la LMC, la Generalitat puede definir los objetivos y las prioridades generales de las diferentes políticas de cada sector, determinaciones que deberán ser respetadas por el conjunto de las instituciones públicas de Cataluña.”

Esa concepción de la provincia se positiviza, además, en el artículo 1 de la propia Ley 5/1987, a cuyo tenor:

“Esta ley tiene por objeto regular el régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales catalanas y el ejercicio de estas competencias mientras no se produzcan las condiciones legales que hagan posible que el Gobierno y la Administración de las provincias se integre en la Generalitat, con la consiguiente desaparición de la división de Cataluña en provincias.”

Al servicio de ese objetivo las LOTC dispusieron el vaciado de competencias de las diputaciones catalanas mediante la utilización de técnicas normativas diversas, a saber:

1) *Mediante la técnica del “goteo”, la Generalitat ha dispuesto el vaciado progresivo de competencias a las diputaciones catalanas, cumpliendo el mandato establecido en la exposición de motivos y el artículo 4.1 de la Ley 5/1987, de 4 de abril⁶ de tal forma que con el actual marco legal las diputaciones catalanas ya no son reconocibles como administraciones públicas, puesto que carecen de competencias sectoriales y no prestan ningún servicio directo a los ciudadanos. La comparación de las competencias provinciales contenidas en el Texto*

refundido del régimen local del año 1955 que se transcriben en el anexo final con las competencias que mantienen las diputaciones catalanas una vez aprobadas por el Parlamento de Cataluña las correspondientes leyes sectoriales de transferencia de competencias⁷ así lo atestigua.

Además, esta técnica produce un efecto laminador respecto de la competencia atribuida a las diputaciones provinciales por el artículo 36.1.d) de la LBRL referida al fomento de los intereses peculiares de la provincia. Ello es así porque el Tribunal Supremo ha entendido que este reconocimiento “[...] no impide que en determinados sectores, de competencia exclusiva de la Generalitat, como en el caso del deporte, y una vez salvada la garantía institucional en la forma dicha (se refiere a la cooperación económica, jurídica y técnica en materia deportiva que como después veremos en Cataluña se canaliza a través del PUOSC) se conceda su fomento a otras administraciones, máxime cuando tal actividad ciudadana no se incluye expresamente dentro de esos intereses peculiares” (STS de 13 de marzo de 2000, RJ 2000/8251, y STS de 21 de febrero de 2001, RJ 2001/2295, referida a cultura y museos).

2) *Mediante la técnica de la “sustitución”, la Administración autonómica obliga a las diputaciones catalanas a canalizar a través del PUOSC, que elabora y aprueba la Generalitat, las inversiones destinadas a obras y servicios municipales, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.1.a) y 10.2.c) de la Ley 5/1987, y 2.1.c), 2.2 y la disposición transitoria segunda de la Ley 23/1987.* Esta técnica, analizada de forma aislada del resto de técnicas, ha sido declarada constitucional por la STC 109/1998, de 21 de mayo (FJ 7), porque se dice que “[...] el Parlamento catalán ha asegurado a las diputaciones su intervención en la elaboración del Plan único mediante la presencia en la Comisión de Cooperación Local de sus representantes –que son los respectivos presidentes, según establece el artículo 4.b) del Decreto 112/1988–, actuando así el legislador autonómico en consonancia con el derecho de los entes locales a participar en los asuntos que afecten inherentemente a la garantía institucional de la autonomía local, derecho cuya necesaria observancia, por lo demás, recuerda expresamente el artículo 2.1 de la LBRL, tanto al Estado como a las comunidades autónomas”.

6. Dicho precepto establece que “Las leyes del Parlamento de Cataluña deben distribuir las competencias de las diputaciones provinciales entre la Administración de la Generalitat y las comarcas”.

7. A título meramente enunciativo ver, entre otras, las leyes de transferencias de competencias: Ley 27/1991, de 13 de diciembre (artículo 1), sobre agricultura, ganadería, forestal, ferias y mercados agrarios, caminos vecinales y capacitación y formación profesional agraria; Ley 7/1993, de 30 de septiembre (disposición transitoria primera), de carreteras; Ley 8/1988, de 7 de abril (disposición adicional segunda) de deportes; Ley 15/1990, de 9 de julio

(disposición adicional primera), de sanidad; Ley 26/1991, de 13 de diciembre (artículo único), servicios y asistencia social; Ley 9/1993, de 30 de setiembre (disposición adicional tercera), patrimonio cultural catalán; Ley 4/1993, de 18 de marzo (disposición adicional primera), bibliotecas y servicios bibliotecarios; Ley 17/1990, de 2 de noviembre (disposición adicional quinta), museos; Ley 2/2002, de 14 de marzo, urbanismo; Ley 24/1991, de 29 de noviembre, viviendas; decretos de 27 de mayo de 1980 y 44/1981 sobre mozos de escuadra y extinción de incendios; Ley 23/1987, de 23 de diciembre, del PUOSC, etcétera.

3) *Mediante la técnica de la “duplicación” de competencias, la Generalitat ha invadido el núcleo duro de aquellas, indisponible para el legislador autonómico, contenido en el artículo 36.1 de la LBRL, al haber atribuido las competencias de cooperación municipal, que la Ley básica confiere con carácter exclusivo a las diputaciones provinciales, a otras administraciones públicas, concretamente a la Generalitat y a los consejos comarcales (vid. el artículo 168 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, y los artículos 26 y 33 de la Ley 6/1987, de 4 de abril, sobre organización comarcal de Cataluña).* Con esta técnica, se vulnera el principio general del derecho que propugna que la competencia es irrenunciable y ha de ser ejercida por el órgano que la tenga atribuida como propia, principio que hoy recoge, con carácter básico, el artículo 12.1 de la LPAC.

4) *Mediante la técnica de la “coordinación”, la Generalitat se autoatribuye la potestad de incidir en las funciones, indisponibles para la comunidad autónoma, de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica que la normativa básica estatal [artículo 36.1.b) de la LBRL] confiere a las diputaciones provinciales.* La finalidad de la coordinación de estas funciones propias de las diputaciones es, según se dice, *integrar todas las funciones de asistencia y cooperación en un sistema global para conseguir una actuación conjunta, la homogeneidad técnica, la información recíproca y la eliminación de disfuncionalidades* (artículo 168, apartados 3 a 6 de la Ley 8/1987, de 15 de abril). Es decir, primero se duplican las competencias de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios que la LBRL confiere a las diputaciones y después se arguye que como son varias administraciones públicas las que tienen conferidas las mismas competencias de asistencia, hay que coordinarse, correspondiendo a la Generalitat el papel de Administración coordinante.

Que toda esta operación de ingeniería jurídica está destinada a la eliminación de las diputaciones catalanas es algo confesado en la propia Ley 5/1987, de 4 de abril, del régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales; que esta operación no es compatible con la garantía institucional de la autonomía provincial proclamada en los artículos 137 y 141 de la Constitución española en la forma en que ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida básicamente en las sentencias 32/1981; 214/1989, FJ 3.a); 109/1998, FJ 2 y 12; 233/1999, FJ 31

y 37, es algo incontestable por evidente, como evidente es también que al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Tribunal Constitucional no examinó la operación en su conjunto, sino que al margen del planteamiento legal general la STC 109/1998, de 21 de mayo, se limitó a analizar aisladamente si el uso de la técnica concreta de la substitución, es decir, si la substitución de los planes provinciales de obras y servicios por el Plan único autonómico es constitucionalmente posible, a lo que el alto tribunal respondió que sí con los importantes matices y las salvedades recogidos en los fundamentos jurídicos y en el veredicto de la sentencia antes citada.⁸

Ello es así porque la doctrina de la STC 109/1998, es una doctrina *ad casum*, estrictamente vinculada al contenido de los preceptos enjuiciados y en la que, ante la imposibilidad de formular alegaciones por parte de la Diputación Provincial de Barcelona, sólo se examinó una parte muy limitada y concreta del problema.

Llegado a este punto, y una vez lo expuesto en el epígrafe 1, la obligada inaplicación de las leyes anteriores a la Carta, y contrarias a su contenido, procede ahora examinar el contenido de la CEAL en los aspectos que inciden en el problema expuesto, empezando por su preámbulo, donde se proclama:

“Considerando que las entidades locales son uno de los principales fundamentos de un régimen democrático;

“Considerando que el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos forma parte de los principios democráticos comunes a todos los estados miembros del Consejo de Europa;

“Convencidos de que en este nivel local este derecho puede ser ejercido más directamente;

“Convencidos de que la existencia de entidades locales investidas de competencias efectivas permite una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano;

“Conscientes de que la defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder;

“Afirmando que esto supone la existencia de entidades locales dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se benefician de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión,

8. Recuérdese que se declaró inconstitucional y, en consecuencia, nulo el artículo 2.3 de la Ley 23/1987, de 23 de diciembre, norma que disponía: “Sin perjuicio de lo establecido, los demás recursos financieros que las diputaciones de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona destinen, en concepto de cooperación económica, para la realización, la ampliación o la mejora de las obras y los servicios de competencia municipal se harán efectivos

mediante el Plan único de obras y servicios de Cataluña, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9.1.a) de la Ley 5/1987, de 4 de abril, del régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales”. La misma sentencia declaró que el artículo 1.1 de la Ley 23/1987, de 23 de diciembre, no es inconstitucional si se interpreta en el sentido expresado en el FJ 13 de la misma.

"Han convenido lo que sigue: [...]."

Al comparar este preámbulo con la Exposición de motivos de la Ley 5/1987, de 4 de abril, del régimen provisional de competencias de las diputaciones provinciales, antes transcrito, comprobamos la oposición frontal existente entre los objetivos declarados de la Carta y los objetivos también declarados de la ley catalana, cosa que lógicamente tiene su fiel traslado en los preceptos de uno y otro texto, que pasamos a examinar, transcribiendo los preceptos de la Carta relacionados con la controversia que nos ocupa.

a) Artículo 3.1. Concepto de autonomía local:

"Por autonomía local se entiende *el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley*, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes."

b) Artículo 4. Alcance de la autonomía local:

"1) Las competencias básicas de las entidades locales vienen fijadas por la Constitución o por la ley. Sin embargo, esta disposición no impide la atribución a las entidades locales de competencias para fines específicos, de conformidad con la ley.

"2) Las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad.

"3) *El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.*

"4) *Las competencias encomendadas a las entidades locales, deben ser normalmente plenas y completas.* No pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la Ley."

c) Artículo 9.1. Los recursos financieros de las entidades locales:

"Las entidades locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, *a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias.*"

Esta regulación contradice frontalmente las previsiones contenidas en las LOTC antes examinadas. Como ya hemos puesto en evidencia, tras la aprobación de las LOTC las diputaciones catalanas no están facultadas, legalmente, a gestionar una parte importante de los asuntos públicos (artículo 3.1 de la CEAL); es más, de hecho, ya no pueden gestionar, bajo su responsabilidad,

ningún asunto o servicio con relevancia directa sobre sus habitantes.

Las LOTC tampoco se ajustan al principio de subsidiariedad proclamado en la Carta (artículo 4.3) porque en cumplimiento de lo previsto en el artículo 4.1 de la Ley 5/1987, de 4 de abril, la mayoría de competencias que ostentaban las diputaciones han sido centralizadas en la Administración de la Generalitat, y no en las comarcas, siguiendo el criterio abiertamente declarado de restringir la autonomía provincial. Este hecho, como es obvio, vulnera el principio de subsidiariedad que postula que el ejercicio de las competencias públicas debe incumbir, preferentemente, a las autoridades más cercanas a los ciudadanos, máxime cuando la razón confesada para centralizar las competencias en la Administración autonómica es dañar la autonomía provincial, lo que nada tiene que ver con las razones que apunta la Carta para separarse del principio de subsidiariedad, a saber: tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.

Es contraria, asimismo, al principio de subsidiariedad la substitución, en Cataluña, de los planes provinciales de obras y servicios por el denominado Plan único, que elabora y aprueba la Administración de la Generalitat de Cataluña, y obliga a las diputaciones catalanas a canalizar a través de él todas sus inversiones en obras y servicios municipales, porque ello origina una centralización de competencias a favor de la comunidad autónoma que no obedece a consideraciones de la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía, sino a un tipo de consideraciones de orden político, cuya puesta en práctica ha demostrado no ser factible.⁹ Buena prueba de ello es que el artículo 36.2.a) de la LBRL lo que considera básico es que sean justamente las diputaciones provinciales las que aprueben anualmente un Plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal.

Se podrá replicar que en el FJ 6, *in fine*, de la STC 109/1998 el alto tribunal concluye que "[...] la remisión a las competencias prestatutarias, contenida en la cláusula 'sin perjuicio' del artículo 36.2.a) de la LBRL, no viene, en último término, sino a respetar esta peculiaridad catalana, según la cual el Plan único tiene carácter sustitutivo de los diversos planes provinciales. Admitida, por tanto, esta excepción o singularidad de origen prestatutario por la propia Ley básica, han de decaer las alegaciones que fundamentan la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados en la vulneración de las bases estatales ex artículo 149.1.18 de la CE"; pero, siendo ello cierto, también lo es que el instrumento de ratificación de la Carta proclama que "[...] *el Reino de*

9. Ver las disposiciones adicionales de la Ley 5/1987, referidas al periodo de tres meses para integrar en una sola provincia, Cataluña, las actuales provincias catalanas.

España declara que la Carta Europea de la Autonomía Local se aplicará en todo el territorio del Estado en relación con las colectividades contempladas en la legislación española de régimen local y previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución. No obstante, el Reino de España únicamente no se considera vinculado por el apartado 2 del artículo 3 de la Carta en la medida [...].”

Lógicamente, como la norma posterior –esto es, la CEAL– no distingue ni hace excepción alguna respecto de la peculiaridad catalana, pero sí que excepciona alguna otra de sus previsiones, concretamente la contemplada en el artículo 3.2, debe concluirse que el resto de preceptos de la CEAL son de aplicación plena también en el territorio catalán, sin que sea de aplicación excepción o singularidad alguna de origen preestatutario que la Carta no reconoce, aunque sí lo hiciera la LBRL.

En igual sentido hay que señalar que la normativa reguladora del PUOSC, tampoco es compatible, en concreto los artículos 9.1.a) y 10.2.c) de la Ley 5/1987 y el artículo 2.1.c), 2.2, y la disposición transitoria segunda de la Ley 23/1987 –mediante la cual la Administración autonómica obliga a las diputaciones catalanas a canalizar a través del PUOSC, que elabora y aprueba la Generalitat, las inversiones destinadas a obras y servicios municipales– con las reglas contenidas en los artículos 4.4 y 9.1 de la Carta antes transcritos, como ahora veremos.

En efecto, el artículo 36.1.b) de la LBRL establece como competencia propia de la diputación la cooperación económica con los municipios, mientras que el Tribunal Constitucional ha dicho, en el FJ 2 *in fine* de la STC 109/1998, que “[...] cabe considerar como núcleo de su actividad el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial, a cargo de las diputaciones provinciales u otras corporaciones de carácter representativo, actividad que se traduce en la cooperación económica a la realización de las obras y los servicios municipales, y que es llevada a la práctica a través del ejercicio de su capacidad financiera o de gasto público por parte del ente provincial. Es esta actuación cooperadora, pues, la que cabe identificar como el núcleo de la autonomía provincial, de tal manera que la ablación o el menoscabo sustancial de dicho reducto indisponible han de reputarse lesivos de la autonomía provincial constitucionalmente garantizada”. En consonancia con lo expuesto, cabe concluir pues que no es posible jurídicamente, atendiendo a lo establecido en el artículo 4.4 de la Carta, que la competencia de cooperación económica con los municipios para la realización de obras y servicios municipales –que se considera como una de las competencias nucleares de las diputaciones– no sea

“plena y completa”, porque ello daña a la autonomía provincial en la forma en que ha quedado configurada por aquella.

Respecto al segundo de los artículos referidos, esto es, el artículo 9.1 de la Carta, su incompatibilidad con los artículos 9.1.a) y 10.2.c) de la Ley 5/1987 y el artículo 2.1.c), 2.2 y disposición transitoria segunda de la Ley 23/1987, es de igual modo manifiesta. En efecto, en esta cuestión hay que partir de la premisa de que en Cataluña existe una peculiaridad consistente en que la colaboración económica del Estado a las inversiones de las entidades locales se realiza a través de la Generalitat de Cataluña y no de las diputaciones provinciales, como sucede en el resto del Estado.¹⁰ Por tanto, aquí no se está discutiendo si la Generalitat de Cataluña puede elaborar un Plan único, o si es jurídicamente correcto que la aportación económica del Estado a los planes provinciales de obras y servicios, que elaboran y aprueban las diputaciones en el resto del Estado, se hagan en Cataluña a favor del Plan único, que elabora y aprueba la Generalitat, ni tan siquiera se cuestiona que las diputaciones catalanas puedan hacer aportaciones voluntarias al PUOSC. La controversia surge cuando, además de todo ello, se impone a las diputaciones que inviertan y canalicen sus recursos propios, destinados a la cooperación económica a las obras y los servicios municipales, a través del PUOSC, plan que, recordemos, es elaborado y aprobado por la Generalitat de Cataluña.

Es indudable que el camino señalado está claramente vedado por el artículo 9.1 de la CEAL conforme al cual la Diputación de Barcelona tiene derecho a disponer libremente, en el ejercicio de sus competencias, de sus recursos propios. Además, ya nos consta, por haberlo señalado, la proyección *ad casum* de la argumentación utilizada por el Tribunal Constitucional, que se contiene en el FJ 7 de la STC 109/1998, para defender, desde una muy singular perspectiva, hay que decirlo, la constitucionalidad de la ley; pero además ocurre que, en este nuevo contexto legal, ello ahora resulta intrascendente porque en un conflicto de normas de similar rango prevalecen las normas posteriores sobre las anteriores, en todo aquello que se le opongan, dándose la circunstancia añadida de que las leyes posteriores no pueden modificar, derogar o suspender las normas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados.

En suma, tanto si se toman en consideración las técnicas normativas de eliminación de la autonomía provincial contenidas en las LOTC en su conjunto, como si se analiza de forma exclusiva la compatibilidad de los artículos 9.1.a) y 10.2.c) de la Ley 5/1987, 2.1.c), 2.2 y la

10. Vid. el artículo 2 del Real decreto 2115/1978, de 26 de julio, sobre transferencia de competencias de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña, la disposición adicional quinta del Real decreto 665/1990, de 25 de mayo, y el Real decreto 1328/1997, de 1 de agosto, por el que se regula la coo-

peración económica del Estado a las inversiones de las entidades locales, que sustituye al real decreto anterior, en especial su disposición adicional primera.

disposición transitoria segunda de la Ley 23/1987 y sus disposiciones concordantes, con los preceptos de la Carta Europea de la Autonomía Local, vigentes en toda España, se llega a la conclusión de que, tanto la operación en su conjunto, como la obligación impuesta a las diputaciones catalanas, canalicen su competencia de cooperación económica a las inversiones en obras y servicios municipales, a través del PUOSC, que elabora y aprueba la Generalitat –obligándolas a aportar cuantiosas cantidades de dinero de sus recursos propios–, no son compatibles con las disposiciones contenidas en la Carta y, en concreto, con las previsiones siguientes:

a) Las entidades locales tienen derecho a ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, no siendo éste el caso en que se encuentran actualmente las diputaciones catalanas (artículo 3.1 de la CEAL).

b) El ejercicio de competencias públicas debe incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos, como son las diputaciones respecto de la Generalitat, y en caso contrario deben tenerse en cuenta unos criterios objetivos que aquí no se dan (artículo 4.3 de la CEAL).

c) Las competencias encomendadas a las entidades locales, deben ser normalmente plenas y completas (artículo 4.4 de la CEAL) siendo la competencia de cooperación económica con los municipios básica y nuclear, cosa que no respeta el PUOSC.

d) Las entidades locales, entre las cuales se encuentra la Diputación de Barcelona, tienen derecho a tener recursos propios suficientes *de los cuales puedan disponer libremente en el ejercicio de sus competencias* (artículo 9.1 de la CEAL), cosa que no sucede con las aportaciones obligatorias al PUOSC.

La consecuencia que cabe extraer, de todo lo expuesto en este epígrafe, es que la Carta Europea de la Autonomía Local, desde su entrada en vigor, el 1 de marzo de 1989, obliga a inaplicar toda la normativa opuesta a las determinaciones que se contienen en sus preceptos, interpretados conforme a su preámbulo, motivo por el cual ha de entenderse inexigible la obligación de las diputaciones catalanas, prevista en los artículos 9.1.a) y 10.2.c) de la Ley 5/1987, 2.1.c), 2.2 y la disposición transitoria segunda de la Ley 23/1987 y sus disposiciones concordantes, en el sentido de canalizar a través del PUOSC sus inversiones destinadas a obras y servicios municipales. Por tanto, se ha de convenir que a partir del día 1 de marzo de 1989 las diputaciones catalanas recuperaron su libertad para disponer de forma autónoma de la que es su competencia básica y nuclear; esto es, la cooperación económica a la realización de obras y servicios municipales contenida en el artículo 36.1.b) de la LBRL.

La tesis que sostengo se encuentra avalada por la doctrina española que se ha ocupado de la CEAL. Así, ya en el año 1993 el profesor Luis Ortega¹¹ argumentaba que el Estado ostenta competencias de legislación básica sobre el régimen jurídico de los entes locales, así como las competencias en cuanto legislador sectorial según las diversas materias. Las comunidades autónomas gozan, a su vez, de la competencia de desarrollo legislativo de la normativa básica estatal y la competencia legislativa sectorial propia de sus disposiciones estatutarias. Se plantea, por ello, la relación entre la Carta Europea y tal legislación.

En este sentido hay que decir que la Carta Europea despliega un efecto más intenso que el del legislador básico. En efecto, la congelación competencial que produce el convenio internacional hace que todo lo que en él aparece regulado sea indisponible para cualquier otro legislador. Así, de este modo, y en primer término, la Carta se impone a la LRRL, en las materias en las que pueda observarse una discrepancia, por el mero efecto de la *lex posterior*, a la vez que impide, al posterior legislador básico, una modificación de lo en ella establecido.

En segundo lugar, la Carta se impone también al legislador sectorial estatal, tanto por el efecto *lex posterior*, como por la congelación de la materia. Este carácter de la Carta hace que, en lo que sea coincidente con el legislador básico, refuerce, desde otra perspectiva, el planteamiento que la doctrina ha realizado de las limitaciones del legislador sectorial estatal respecto al legislador básico del régimen local. Es decir, desde la especial relación entre el tratado y la ley interna, no cabe que ésta modifique lo establecido en la Carta, asegurándose así un respeto pleno al modelo de autonomía local que en ésta se contiene.

Finalmente, con relación al legislador autonómico se produce un doble efecto de vinculación que es más intensa respecto de la Carta que el del legislador básico. De un lado, en el enjuiciamiento de la competencia del Estado, como firmante de la Carta, no cabe una denuncia de extralimitación por invadir el ámbito de la potestad autonómica de desarrollo legislativo, lo que sí es posible hacer respecto del legislador estatal básico. De otro, la relación entre el tratado y la norma autonómica no es de respeto del mutuo ámbito competencial, sino que la comunidad autónoma está obligada al cumplimiento de lo dispuesto en la Carta. En este sentido se manifiestan, además, los propios estatutos de autonomía, especialmente los de Cataluña, Andalucía, Canarias, Aragón y Madrid, cuyos estatutos utilizan la fórmula: “[...] la comunidad autónoma ‘adoptará las medidas necesarias’ para la ejecución de los

11. ORTEGA, LUIS. *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, n.º 259, 1993, pp. 475 a 497.

tratados y los convenios internacionales que afecten a las materias de su competencia según el presente Estatuto”.

El propio Tribunal Constitucional ha confirmado esta relación obligacional entre el tratado y la competencia autonómica en su STC 58/1982 de 27 de julio, en la cual considera (FJ 4 *in fine*) que las medidas autonómicas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado deben ser consideradas “[...] como instrumento, entre otros, destinado a facilitar ‘el ejercicio de la obligación, que no competencia’, que impone a la Generalitat el artículo 27.3 de su Estatuto, de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de los tratados y los convenios internacionales en lo que afecten a materias atribuidas a su competencia”.

Abundando en la misma línea argumental pero referido de forma concreta al concepto de autonomía local que contiene la CEAL respecto de la LRBRL, José Manuel Rodríguez¹² apuntaba que lo que sí merece ser destacado ahora es, por una parte, el hecho de que la capacidad de gestión local se refiere no tanto a los asuntos locales (artículo 2.1 de la LRBRL), como a todos los asuntos públicos que afecten al círculo de intereses de las entidades locales (artículo 3.1 de la CEAL), y, por otra, que la asignación de competencias a tales entes por las instancias territoriales superiores ha de hacerse, en todo caso, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos (artículo 4.3 de la CEAL), lo que significa, en principio, un pronunciamiento legal por la ubicación preferente en el escalón local de la gestión de las tareas administrativas.

Sin embargo, una cuestión distinta es la realización práctica de la regla citada. En este sentido, Clotet i Miró ha puesto de relieve que aunque una parte de la doctrina haya señalado que el concepto y el alcance de la autonomía que recoge el artículo 2.1 de la LRBRL responde perfectamente al sistema de la Carta, lo cierto es que la expresión del artículo 3.1 de ésta, que define la autonomía como el derecho y la capacidad efectiva de “ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos”, aun constituyendo un concepto jurídico indeterminado, resulta más ambicioso que el usado por la LRBRL, que permite sólo a los entes locales intervenir en los asuntos que “afecten directamente al círculo de sus intereses”, lo que, además, se materializa, desde el punto de vista de la atribución de competencias, modulando una serie de factores que relativizan, según los casos, aquella intervención (características de la actividad pública, capacidad de gestión de la entidad local).

Por otra parte, no se asegura la capacidad para “ordenar y gestionar” los asuntos públicos a que se refiere la Carta, ya que se vincula el concepto de autonomía sólo a la gestión pero no de manera tan clara a la ordenación de los mismos, y ello porque si bien es cierto que se atribuye potestad reglamentaria a los entes locales en el artículo 4 de la LRBRL, una cosa es esta asignación y otra, bien distinta, referir la capacidad de ordenar directamente al concepto de autonomía con la misma intensidad que la gestión.

Por último, la LRBRL, permite que los entes locales ejerzan competencias sobre determinadas materias que sólo muy generosamente pueden considerarse como “una parte importante de los asuntos públicos”, y que, además, al estar sujetas dichas competencias, en cuanto a su extensión a la legislación estatal y autonómica, no resulta suficientemente garantizada la exigencia del artículo 3.1 de la Carta. Y así se demuestra, efectivamente, con el contenido de las leyes sectoriales en diversas materias.

Para Jerónimo Arozamena¹³ un análisis del contenido normativo de la CEAL permite extraer la proclamación de dos principios o reglas básicas: el principio de legitimidad democrática y el principio de autonomía local, ambos con valor normativo y vinculantes, en sí mismos, para los estados signatarios de la CEAL, según lo prevenido para España, en el artículo 96 de la Constitución.

Este autor destaca asimismo que el principio de subsidiariedad contenido en la CEAL, en la medida que puede entenderse aplicable en las relaciones entre los municipios y las regiones, y aun entre los municipios y el Estado, parece que puede inferirse con naturalidad del artículo 4.3 de la Carta Europea, de tal modo que el mismo, tanto desde su vertiente jurídica como desde su vertiente política, que obviamente la tiene, se enraíza sustancialmente con el recto entendimiento del principio de autonomía local. Pero este principio, además de su eficacia rectora a la hora de diseñar un sistema competencial, o en las regulaciones sectoriales que afecten a ámbitos de las municipalidades, puede operar en sede jurisdiccional para orientar y, en su caso, decidir litigios en que están en juego competencias que afecten a intereses locales y sin dimensión extralocal.

A juicio de este autor resulta coherente con el contenido y la significación de la Carta Europea, y su incorporación al ordenamiento español, en los términos del artículo 96 de la Constitución española, que ha sido recepcionado en España el principio de subsidiariedad, con una dimensión no sólo política sino también jurídica, al que está vinculado no sólo el legislador estatal sino también el legislador autonómico.

12. *La Carta Europea de la Autonomía Local*. Bayer Hermanos, 1996, pp. 192 y 195.

13. AROZAMENA SIERRA, Jerónimo. *Los poderes locales en Europa*, pp. 37 y 38. Marcial Pons. 1999.

3. Propuesta de futuro sobre el significado y el alcance de la autonomía local en los albores del siglo XXI

Hemos visto en el epígrafe 1 cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre la garantía institucional de la autonomía local, es manifiestamente insuficiente para garantizar, justamente, la autonomía local; que esta jurisprudencia no asegura un ámbito competencial concreto a los entes locales, en este caso las diputaciones provinciales, y que ni tan siquiera es capaz de preservarlas de forma que resulten reconocibles como administraciones públicas.

Aunque las causas de este lamentable estado de la autonomía local en España son diversas, existe una que, a mi juicio, es clave para la adecuada superación del problema planteado: el modelo de autonomía contenido en la CEAL se fundamenta en el principio de subsidiariedad (artículo 4.3) y en el principio de democracia participativa (artículo 3.2), lo que puede comprobarse fácilmente leyendo el preámbulo de la CEAL, mientras que en España se ha hecho una interpretación aislada del principio de autonomía local contenido en el artículo 137 de nuestra Constitución.

Es verdad que el principio de subsidiariedad en favor de los entes locales no figura reconocido en nuestra Constitución, pero también lo es que en la misma se reconoce el principio de descentralización (artículo 103.1 de la CE). Pero además, la Constitución no se limita a reconocer la autonomía local (artículo 137 de la CE) sino que también dispone que el gobierno y la administración autónoma de municipios y provincias corresponde, respectivamente, a los ayuntamientos elegidos democráticamente y a las diputaciones provinciales (artículos 140 y 141 de la CE), y se reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (artículo 23.1 de la CE).

Pues bien, partiendo de la anterior premisa, no le resultaría difícil al Tribunal Constitucional abandonar el criterio de que la garantía institucional de la autonomía local sólo se halla protegida en cuanto a su núcleo esencial o reducto indisponible –entendiendo por tal aquellos casos en que, tras la injerencia, no subsista una verdadera capacidad decisoria propia del ente local o una institución reconocible– puesto que este criterio no se cohonestaría ni con el principio de descentralización, ni con la previsión de que el gobierno y la administración autónoma de municipios y provincias corresponde a ayuntamientos y diputaciones y no a otras administraciones; y, en fin, que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente puede ser ejercido más directamente en el ámbito local como proclama la exposición de motivos de la CEAL.

Si se parte de esta premisa, también es fácil superar la previsión contenida en el artículo 2.1 de la LBRL cuando establece que lo que ha de asegurarse a las entidades locales es *su derecho a intervenir en los asuntos que afecten directamente al círculo de sus intereses*, atribuyéndoles las competencias que el legislador considere que proceden en atención a las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la entidad local, porque el mandato constitucional prescribe que corresponde a ayuntamientos y diputaciones gobernar y administrar sus respectivos intereses y no intervenir en los mismos como el legislador quiera. Dicho en los términos de la CEAL, las entidades locales tienen el *derecho de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos* (cuanto menos la que afecta directamente a su círculo de intereses), en el marco de la ley, bajo su responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

Desde la perspectiva del principio democrático el resultado al que se llega es prácticamente el mismo. Los ciudadanos españoles participan en los asuntos públicos internos por medio de sus representantes elegidos por sufragio universal en las elecciones municipales, autonómicas y generales que periódicamente se celebran, lo que casa perfectamente con los tres niveles de gobierno existentes en España (estatal, autonómico y local).

Ciertamente, el artículo 137 de la Constitución se refiere a las provincias como una de las entidades en que se organiza territorialmente el Estado, que tiene autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, y para las que no se celebran elecciones periódicas directas, sin que ello suponga, no obstante, un déficit democrático de las diputaciones provinciales puesto que sus diputados son escogidos a través de una elección indirecta en la que son electores y elegibles los concejales de los diferentes partidos judiciales surgidos tras la celebración de las elecciones municipales (artículo 206 de la LOREG).

Considero que la LOREG acertó plenamente al optar por esta forma indirecta de elección de los diputados provinciales, porque la provincia está configurada en nuestra Constitución como una entidad local determinada por la agrupación de municipios (artículo 141.1 de la CE) que tiene como principal actividad el apoyo de los municipios radicados en su ámbito territorial y la prestación de servicios locales de carácter supramunicipal (artículos 31 y 36 de la LBRL). De esta forma los diputados provinciales, que a su vez son concejales, lo son, y eventualmente lo podrán seguir siendo, si los ciudadanos perciben que desempeñan bien sus funciones de asistencia a los municipios de su circunscripción y de prestación de los servicios locales de carácter supramunicipal, lo que comporta que las diputaciones provinciales no tengan que buscar un espacio electoral o una

legitimidad democrática distinta de la municipal puesto que el apoyo a los municipios es su auténtica razón de ser y de existir.

A mi juicio, por tanto, el principio democrático obliga al legislador interno, sea estatal o sea autonómico, a otorgar las competencias necesarias a municipios y provincias para hacer realidad el mandato constitucional de que el gobierno y la administración de municipios y provincias corresponde a ayuntamientos y diputaciones. Ello significa que municipios y provincias ostentan el derecho a tener, al menos, las competencias necesarias para ordenar y gestionar los asuntos que afecten directa o primordialmente a su círculo de intereses (artículo 2.1 de la LBRL) y que esa competencia debe residenciarse en la provincia (o eventualmente en la comarca) sin abandonar nunca la esfera local en los supuestos de falta de capacidad de gestión del municipio. De esta forma se produce la necesaria correspondencia entre los electos locales, que gobiernan y administran municipios y provincias, y la eventual renovación o no de la confianza de los electores que eligen a sus representantes locales cada cuatro años.

A sensu contrario, la atribución a la comunidad autónoma o al Estado de una competencia, que afecta directa o primordialmente al círculo de intereses de municipios y provincias, desvirtúa el principio democrático porque los electores no saben que el buen o el mal funcionamiento del servicio o la obra pública de carácter local no está en las manos de las autoridades locales por ellos elegidos, sino que depende de un ministerio o consejería cuyos funcionarios no han elegido y cuya continuidad en el cargo no depende de su voto.

Creo que de las continuas llamadas del preámbulo de la CEAL –transcrito en el epígrafe 2– al principio democrático y de autoadministración y el propio contenido del artículo 3.2 de la CEAL, que prescribe que el derecho a la autonomía local se ejerce por asambleas o consejos integrados por miembros elegidos por sufragio universal, avalan esta opinión. Ello sin perjuicio de considerar que cuando se concede una competencia de interés local al Estado o la comunidad autónoma se quiebran los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos que proclama el artículo 2.1 de la LBRL. Esta norma, cierta-

mente, puede ser desconocida por el legislador estatal posterior, pero no ocurre lo mismo con los artículos 3.1 y 4.3 de la CEAL, que también proclaman dichos principios yendo mucho más lejos, porque dichos preceptos deben ser respetados por el legislador interno a tenor de lo que establece el artículo 96.1 de la CE.

En definitiva, la tesis que propugno defiende que cuando una materia afecta directa o primordialmente al círculo de intereses municipales debe ser el mundo local, principalmente el ayuntamiento, y cuando su capacidad de gestión no lo permita la diputación provincial, o las otras corporaciones de carácter representativo a que se refiere el artículo 141.2 de la CE, las que tengan atribuida la competencia sobre la ordenación y la gestión de esa materia porque así lo requiere el principio democrático: los poderes locales gestionan y resuelven los problemas de índole local.

En otro orden de cosas, a mi juicio, no resulta satisfactoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre que la CEAL no es parámetro de constitucionalidad de las leyes. Y no lo es porque creo que la CEAL no es un tratado internacional normal sino que es un tratado *sui generis* cuya finalidad es otorgar un significado y un alcance común y mínimo a la autonomía local, y que es de aplicación en todos los estados del Consejo de Europa signatarios de la CEAL, que hoy son 34 de los 43 estados miembros.¹⁴ La identificación de estas normas con lo que aquí entendemos por normativa básica es evidente y así lo ha entendido el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de marzo de 2000 (RJ 2000/6133) al declarar que la CEAL forma parte del bloque de la constitucionalidad.

Así, si nuestra Constitución reconoce la autonomía de municipios y provincias (artículo 137 de la CE) pero no define qué se entiende por esa autonomía, ¿qué sentido tiene que el Tribunal Constitucional utilice un concepto de autonomía local que no se ajusta a los compromisos internacionales asumidos por España ante el Consejo de Europa cuando para ratificar la CEAL se siguió el procedimiento previsto en el artículo 94.1 de la CE?¹⁵

La explicación sobre esta anómala situación obedece a diversos factores. El primero de ellos es que la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el significado y el alcance de la autonomía local nació de la

14. El dato es extraído del escrito de presentación de la traducción española de la Conferencia de Riga sobre la democracia local en los albores del siglo XXI, celebrada en Riga (Letonia) los días 3 y 4 de mayo de 2001, editado y traducido por RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Manuel. Documents Pi i Sunyer n.º 13, www.pisunyer.org.

15. Como ya he expuesto en el epígrafe 1 el instrumento de ratificación de la CEAL contiene la fórmula siguiente:

“Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

“Vengo en aprobar y ratificar cuanto en ella se dispone, como en virtud del presente la apruebo y ratifico, prometiendo cumplirla, observarla y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su

mayor validación y firmeza mando expedir este instrumento de ratificación firmado por mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito ministro de Asuntos Exteriores, con la siguiente declaración:

“El Reino de España declara que la Carta Europea de la Autonomía Local se aplicará en todo el territorio del Estado en relación con las colectividades contempladas en la legislación española de régimen local y previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución. No obstante, el Reino de España únicamente no se considera vinculado por el apartado 2 del artículo 3 de la Carta en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma”.

necesidad del Tribunal de dotar a la autonomía local, constitucionalmente garantizada, de un contenido propio, ante el silencio del constituyente y el legislador sobre el contenido y el alcance de la misma, laguna ésta que no sería llenada por las Cortes Generales hasta la ratificación de la CEAL. Así, una vez importada de Alemania la teoría de la garantía institucional de esa autonomía –teoría que aunque no contradice el principio de subsidiariedad protege en menor medida la autonomía local– y resueltos muchos conflictos en aplicación de la misma, es comprensible que el Tribunal Constitucional tenga una tendencia natural a conservar su propia doctrina.

Más problemático será superar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la STC 235/2000, FJ 11, ya expuesta en el epígrafe 1, cuando refiriéndose a los preceptos de la CEAL nos dice, en *obiter dicta*, que éstos no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal. Aunque comparto, en líneas generales, esa jurisprudencia porque entre las funciones atribuidas, por la Constitución y la LOTC, al Tribunal Constitucional no está la de velar por el respeto a los tratados internacionales, considero que el Tribunal, tan dado a introducir matices en otras ocasiones, no ha tenido en cuenta que la CEAL no es un tratado más, sino un tratado con una notable singularidad al tener por finalidad específica la de determinar el contenido y el alcance mínimo de la autonomía local reconocida en el artículo 137 de nuestra Constitución, cosa que no hacen el resto de tratados internacionales.

Así, a mi juicio, toda norma con rango legal que desarrolle de forma nuclear un precepto constitucional, si constitucionalmente está habilitada para regular la materia que ordena y una vez promulgada impide a otras normas con rango legal oponerse a sus determinaciones, forma parte del bloque de la constitucionalidad y debe ser utilizada como parámetro de constitucionalidad del resto de normas de rango legal. Naturalmente, si en el momento de resolver el conflicto el Tribunal Constitucional entiende que esa norma que utiliza como parámetro, pongamos por caso a la CEAL, no se ajusta a la Constitución podrá resolver conforme a la misma aplicando directamente la Constitución y dejando inaplicado el precepto contenido en la CEAL, si bien con posterioridad debe plantear la autocuestión de inconstitucionalidad en los términos descritos en el artículo 75 quince de la LOTC. Eso es, en fin, lo que

creo que se deduce de concordar lo dispuesto en el artículo 9.1 y 9.3 de la Constitución y lo que establecen los artículos 1.1 y 28 de la LOTC.

Desde luego no resulta nada satisfactoria la situación jurídica actual en la que el Tribunal Constitucional aplica un concepto de autonomía local, sin duda, más restrictivo del que deben aplicar los tribunales ordinarios por imperativo de la CEAL. La situación actual podría, no obstante, superarse, desde el punto de vista político, si el legislador estatal o autonómico¹⁶ acomodase a las determinaciones de la CEAL su propia legislación, pero nada hace presagiar que ello vaya a producirse a corto plazo, entre otras razones, porque en el anteproyecto de Ley básica de medidas para la racionalización y la modernización de la administración local no existe una sola referencia a la CEAL, ni en la exposición de motivos ni en el texto articulado.

La razón política que subyace es dura pero obvia. Cuando los partidos políticos, de uno u otro signo, ostentan ese enorme poder que supone gobernar creando o modificando leyes, no desean tener límite alguno, y es claro que la ratificación de la CEAL les supone un obstáculo, aunque ellos sean los principales destinatarios de sus prescripciones. Para los máximos dirigentes de los partidos políticos no existe problema alguno y cuando los alcaldes o diputados correligionarios protestan por esta situación, se impone una férrea disciplina de partido.

El ejemplo real expuesto en el epígrafe 2 nos puede servir para comprobar la realidad y el alcance de lo dicho anteriormente: cuando la Diputación de Barcelona impugnó el Decreto de la Generalitat de Cataluña de 4 de marzo de 1997, por el que la Administración autonómica aprobó el PUOSC de 1997, no se discutía que el dinero, que en el resto del Estado reciben las diputaciones para financiar sus respectivos planes provinciales de obras y servicios, en Cataluña el Estado lo canalice de modo que la reciba directamente la Generalitat para financiar el PUOSC, lo que se cuestionaba es que la Generalitat tenga la facultad de obligar a las diputaciones catalanas a aportar, de sus recursos propios no finalistas, cantidades para financiar el plan autonómico. Pues bien, en ese litigio¹⁷ comparecieron, sorprendentemente, como defensores de la tesis de la Generalitat (coadyuvantes) y, en consecuencia, posicionándose en contra de la autonomía local, la Asociación Catalana de Municipios y la Diputación de Girona,¹⁸ instituciones donde es mayoritario el mismo partido políti-

16. No olvidemos que como destaca Luís Ortega los estatutos de autonomía de Cataluña, Andalucía, Canarias, Aragón y Madrid utilizan la fórmula “[...] la comunidad autónoma adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los tratados y los convenios internacionales que afecten a materias de su competencia según el presente estatuto”, cosa que es una obligación, que no competencia que impone a la Generalitat el artículo 27.3 de su estatuto según la STC de 27 de julio de 1982.

17. AROZAMENA SIERRA, Jerónimo. *Los poderes locales en Europa*, pp. 37 y 38. Marcial Pons. 1999.

18. Recurso contencioso-administrativo tramitado en el TSJ de Cataluña con el n.º 2022/1997, que ha sido resuelto por la Sentencia de 17 de marzo de 2003.

co que gobierna la Generalitat. Esto demuestra, una vez más, que los partidos políticos anteponen sus intereses partidistas a la defensa de los intereses institucionales que ellos mismos gobiernan y representan.

Mientras no se dé un giro a esta cuestión parece claro que el desconocimiento de la CEAL por los diferentes legisladores es un tema que debe ser abordado y resuelto por los tribunales ordinarios, los cuales no lo tienen fácil. Por un lado, tienen que interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y los principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (artículo 5 de la LOPJ), y ya hemos visto cómo el Tribunal Constitucional tiene un concepto de autonomía local que no concuerda con el contenido en la CEAL; pero, por otro lado, el propio Tribunal Constitucional ha proclamado que el análisis de los preceptos de una ley que se opongan a la CEAL no es cuestión que deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales ordinarios porque, según el alto tribunal, ningún tratado internacional recibe del artículo 96.1 de la CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno.

Naturalmente, esa jurisprudencia no nos dice qué hacer cuando el tratado internacional tiene por objeto, justamente, dotar de contenido a un precepto constitucional, como es el artículo 137, y concordantes, de la Constitución, como ya hemos señalado. Ante ese dilema, es decir, entre hacer caso a la fuerza activa y pasiva, respectivamente, que los artículos 94.1.d) y 96.1 de la Constitución predicán de los tratados internacionales y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que proclama que la compatibilidad entre la CEAL y las leyes debe ser resuelta por los tribunales ordinarios, o bien aplicar la jurisprudencia constitucional general sobre la autonomía local, que prescinde de lo que dispone la CEAL, los tribunales ordinarios deben optar por aplicar la CEAL, y ello porque en un conflicto de normas prevalece la Constitución sobre todo tipo de leyes, los tratados sobre las normas internas y las normas y la jurisprudencia de carácter especial sobre las normas y la jurisprudencia de carácter general.

Además, las normas que desarrollan los preceptos constitucionales pueden brindar una mayor protección a los derechos, las instituciones y las garantías que la Constitución contiene, sin que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional suponga ningún obstáculo para que el legislador adopte posiciones que den más garantía que las previstas en la Constitución cuando lo crea conveniente. Así lo declaró el Tribunal Constitucional en la STC 213/1988, de 11 de noviembre, que se refiere

justamente a un problema de mayor protección de la autonomía local por parte del legislador ordinario, cuando declaró inconstitucionales determinados preceptos de la Ley catalana 3/1984, de 9 de enero, sobre medidas de adecuación urbanística de Cataluña en base a la siguiente doctrina legal:

2) “[...] El legislador estatal, tal y como se explica en el preámbulo de la ley, ha pretendido con ella desarrollar respecto a la Administración local el artículo 149.1.18 de la Constitución, estableciendo las bases del régimen de dicha Administración. Pues bien, los artículos 65 y 66 de la ley regulan la impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones por parte de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y establecen que la suspensión sólo es potestad de los tribunales. Queda así suprimida toda potestad de suspender de las autoridades administrativas y gubernativas (salvo la que se confiere al delegado del Gobierno en el artículo 67). No basta, sin embargo, con que el legislador estatal haya calificado como básica una norma para que deba ser reputada como tal, sino que es preciso que tenga materialmente ese carácter. En el caso ahora examinado resulta que las normas que excluyen del control administrativo los actos y los acuerdos de las corporaciones locales tienen la finalidad de asegurar en ese aspecto la autonomía de tales corporaciones, que están garantizadas por el artículo 137 de la Constitución. *Es cierto, como señala el representante del Consejo Ejecutivo de la Generalitat, que este tribunal ha considerado que los controles administrativos de legalidad no afectaban al núcleo esencial de la garantía institucional de la autonomía de las corporaciones locales* (STC 4/1981 y otras posteriores). *Pero se debe tener en cuenta que con estas declaraciones el Tribunal Constitucional no pretendía ni podía pretender la determinación concreta del contenido de la autonomía local, sino fijar los límites mínimos en que debía moverse esa autonomía y que no podía traspasar el legislador. Con ello no se impedía que el legislador, en ejercicio de una legítima opción política, ampliase aún más el ámbito de la autonomía local y estableciese con carácter general la desaparición incluso de esos controles, como hace la Ley de 1985.* Ahora bien, ejercitada por el legislador estatal la opción política a favor de una regulación claramente favorable a la autonomía en materia de suspensión de acuerdos, la norma correspondiente ha de calificarse de básica también en sentido material por cuanto tiende a asegurar un nivel mínimo de autonomía a todas las corporaciones locales en todo el territorio nacional, sea cual sea la comunidad autónoma en la que estén localizadas, lo que resulta plenamente congruente con la garantía institucional del artículo 137 de la Constitución, garantía que opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos. En este mismo senti-

do se pronuncia en un supuesto análogo la STC 27/1987, FJ 9.

"4) Todo lo expuesto conduce a la conclusión de que *los preceptos impugnados de la Ley catalana son inconstitucionales por no respetar las normas básicas contenidas en los artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985 y dictadas por el legislador en uso de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 149.1.18 de la Constitución*. Ello hace innecesario el examen de los otros argumentos alegados por el representante del Gobierno en contra de la constitucionalidad de dichos preceptos impugnados."

Para acabar, sólo añadir que en el tema en que he centrado mi comunicación tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, han fallado en contra de la pretensión de la Diputación de Barcelona, haciendo una aplicación automática de la doctrina constitucional contenida en la STC 109/1998, de 21 de mayo, sin pronunciarse sobre la incidencia de la CEAL sobre el litigio concreto, porque a juicio de los tribunales la cuestión no fue alegada por la diputación en el momento procesal oportuno. Por tanto, está por ver lo que nos deparará el futuro.

Anexo: marco legal

1. Competencias de las diputaciones provinciales contenidas en la Ley de régimen local, texto articulado y refundido, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1995 (BOE de 10 de julio), que fueron derogadas por la disposición derogatoria de la LBRL en los términos previstos en su disposición transitoria segunda

TÍTULO II. ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL

CAPÍTULO PRIMERO

Competencia provincial

Sección 1.ª. De la competencia en general

Artículo 242

Es de la competencia provincial el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia, con subordinación a las leyes generales.

Artículo 243

De manera especial se comprenden en dicha competencia los servicios siguientes:

- a) construcción y conservación de caminos y vías locales y comarcales;

- b) fomento y, en su caso, construcción y explotación de ferrocarriles, tranvías y trolebuses interurbanos, y establecimiento de líneas de autobuses del mismo carácter;

- c) producción y suministro de energía eléctrica y abastecimiento de aguas, cuando la iniciativa privada o municipal no fuese suficiente;

- d) encauzamiento y rectificación de cursos de agua, construcción de pantanos y canales de riego y desecación de terrenos pantanosos en colaboración con el Estado;

- e) establecimiento de granjas y campos de experimentación agrícola, cooperación a la lucha contra las plagas del campo, protección de la agricultura y servicio social agrario;

- f) fomento de la ganadería y de sus industrias derivadas;

- g) fomento de la riqueza forestal con la repoblación de montes, sostenimiento de viveros y creación de seguros forestales;

- h) fomento y protección de la industria provincial;

- i) creación y sostenimiento de establecimientos de beneficencia, sanidad e higiene;

- j) instituciones de crédito popular agrícola, de crédito municipal, cajas de ahorro, cooperativas, fomento de seguros sociales y de viviendas protegidas;

- k) difusión de la cultura con la creación y el sostenimiento de escuelas industriales, de artes y oficios, de bellas artes y de profesiones especiales, bibliotecas y academias de enseñanza especializada;

- l) fomento y protección de los campamentos y las colonias escolares;

- m) conservación de monumentos y lugares artísticos e históricos, y desarrollo del turismo en la provincia;

- n) concursos y exposiciones, ferias y mercados provinciales;

- ñ) prestación a los municipios de los medios técnicos necesarios para la formación de proyectos y la ejecución de obras y servicios; subvenciones económicas para abastecimiento de agua y saneamiento; viviendas protegidas, obras de colonización, así como para las demás obras y los demás servicios municipales, y

- o) la ejecución de obras e instalaciones o prestación de servicios y el ejercicio de funciones administrativas de carácter estatal que fueran delegadas por el Gobierno, cuando su trascendencia sea predominante provincial y siempre que se concedan simultáneamente los correspondientes recursos económicos.

Artículo 244

1) La actuación de las corporaciones provinciales en materia de vivienda podrá responder a modalidades

especiales que permitan la construcción en terrenos de su propiedad o la adquisición de terrenos para la edificación; así como la emisión de empréstitos garantizados con las rentas y las cuotas de amortización de los inmuebles que hayan de construirse.

2) Para las finalidades indicadas podrán las corporaciones provinciales utilizar el procedimiento de expropiación forzosa.

Sección 2.ª. De las obligaciones mínimas de la provincia (parte)

Artículo 245

Serán obligaciones mínimas de la provincia la instalación y el sostenimiento de los establecimientos siguientes:

- hospital médico-quirúrgico;
- hogar infantil;
- hospital psiquiátrico;
- hogar de ancianos desvalidos, e instituto de maternología.

Artículo 246

1) Las diputaciones provinciales establecerán también los siguientes servicios de orden sanitario:

- acondicionamiento de enfermos infecciosos;
- instalaciones de desinfección y desinsectación;
- hospitalización de enfermos afectos de dolencias sexuales;
- tratamiento de la tiña;
- servicio antileproso, y
- servicio antituberculoso.

2) Para el establecimiento de estos servicios se atenderán las diputaciones a lo dispuesto en la Ley de bases de sanidad nacional, de 25 de noviembre de 1944, y en las disposiciones complementarias.

Artículo 251

Las diputaciones provinciales establecerán una red de caminos vecinales para comunicar los núcleos poblados que excedan de 75 habitantes.

Artículo 252

En toda población superior a 500 habitantes, la provincia instalará, si ya no estuviesen establecidos, los servicios de alumbrado eléctrico, sin perjuicio de las obligaciones de posibles concesionarios.

Artículo 253

1) Cuando, a juicio del Ministerio de la Gobernación, el servicio municipal contra incendios no estuviese suficientemente organizado, la diputación provincial lo tomará a su cargo como servicio obligatorio, correspondiendo a dicho ministerio determinar las aportaciones económicas y de personal con que deberán contribuir los municipios interesados.

2) En relación con los municipios que no lo tengan establecido, las diputaciones provinciales organizarán servicios contra incendios. Las aportaciones económicas y de personal se pactarán entre los ayuntamientos respectivos y la diputación. En caso de no llegar a un acuerdo, decidirá el Ministerio de la Gobernación la cantidad con que aquéllas han de contribuir.

3) En el caso a que se refiere el párrafo primero de este artículo, las diputaciones provinciales podrán hacerse cargo del material existente en los municipios, haciéndose la valoración de acuerdo con éstos y descontándose de la mencionada aportación municipal.

Artículo 254

En toda provincia habrá granjas agrícolas, paradas de reproductores y centros técnicos de información gratuita a ganaderos y agricultores, según las necesidades del territorio, así como aquellos otros servicios del mismo orden que, por delegación o en colaboración con el Estado, se señalen como mínimos.

Sección 3.ª. Cooperación provincial a los servicios municipales (parte)

Artículo 255

1. La diputación cooperará a la efectividad de los servicios municipales, principalmente de los obligatorios que no puedan ser establecidos por los ayuntamientos, aplicando a tal fin:

- a) los medios económicos que especialmente se señalan en esta ley;
- b) la ayuda financiera que conceda el Estado, y
- c) las subvenciones de cualquier otra procedencia.

2) La cooperación podrá ser total o parcial, según aconsejen las circunstancias económicas de los municipios interesados.

3) Los servicios a que alcanzará la cooperación serán, en todo caso, los relacionados como mínimo en los artículos 102 y 103 de la ley.

4) En general, y sin perjuicio de la resolución que, en atención a las circunstancias de cada municipio puedan adoptarse, la preferencia será la siguiente:

- a) abastecimiento de aguas potables;
- b) abrevaderos y lavaderos;
- c) alcantarillado;
- d) alumbrado público;
- e) botiquín de urgencia;
- f) sanitarios e higiénicos en general;
- g) matadero;
- h) mercado;
- i) extinción de incendios;
- j) campos escolares de deporte;
- k) cementerios, y
- l) los demás no especificados anteriormente y comprendidos en los expresados artículos de la ley.

5) También cooperará la diputación en la redacción de planes de urbanización, la construcción de caminos municipales o rurales y otras obras y demás servicios de la competencia municipal.

6) Las formas de la cooperación serán:

- a) orientación económica y técnica;
- b) ayudas de igual carácter en la redacción de estudios y proyectos;
- c) subvenciones a fondo perdido;
- d) ejecución total de obras e instalación de servicios;
- e) anticipos económicos de carácter reintegrable;
- f) creación de cajas de crédito para facilitar a los ayuntamientos operaciones de préstamo a corto plazo, y
- h) cualesquiera otras que apruebe el Ministerio de la Gobernación.

Artículo 257

1) Para el desarrollo de la cooperación redactarán las diputaciones, oídos los ayuntamientos, planes bienales ordinarios, que se ejecutarán anualmente.

2) Las diputaciones podrán asimismo redactar con carácter extraordinario planes de cooperación generales o parciales, por servicios o zonas, cuya financiación podrá realizarse mediante operaciones de crédito, afectando hasta un máximo del 25% de la consignación anual destinada a cooperación, y, en su caso, el rendimiento de los propios servicios.

3) Los planes se expondrán durante treinta días, para examen y reclamaciones, mediante anuncio inserto en el boletín oficial de la provincia y, transcurrido dicho plazo, se someterán a estudio de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, la que, con la preceptiva asistencia del gobernador civil, resolverá sobre las reclamaciones formuladas e informará sobre la procedencia de los mismos planes.

4) Los expedientes así formados se elevarán al Ministerio de la Gobernación para su aprobación definitiva y resolución, en todo caso, y sin ulterior recurso, de las reclamaciones que en alzada se hubieran formulado contra los mismos.

5) Aprobados definitivamente los planes, cualquier modificación requerirá el cumplimiento de los trámites prevenidos en este artículo.

6) En la formación y la ejecución de los planes se observarán, entre otras, las siguientes reglas:

- 1.ª) Se invertirán por la diputación en cada ejercicio las cantidades que señale el Ministerio de la Gobernación, las que conceda el Estado y las procedentes de subvenciones.
- 2.ª) Las obras y las adquisiciones se efectuarán por los procedimientos señalados en la ley y en el Reglamento de contratación de las corporaciones locales, procurando, cuando sea posible, agrupar los proyectos por servicios o zonas, a fin de obtener ventajas

económicas y facilitar la concurrencia de licitadores de reconocida solvencia.

7) Con independencia de las cuentas generales que han de rendir las diputaciones, elevarán anualmente una especial al Ministerio de la Gobernación, por conducto del Servicio de Inspección y Asesoramiento, comprensiva del desarrollo económico de los créditos destinados a cooperación en el año anterior, acompañada de una memoria detallada de las realizaciones conseguidas.

Artículo 258

1) Para la construcción de caminos vecinales, la provincia recibirá del Estado una subvención anual, mientras se considere necesario.

2) Subsistirá esta necesidad en tanto no se haya terminado el plan vigente de caminos vecinales y el complementario preciso para la dotación de aquéllos a todos los núcleos poblados que excedan de 75 habitantes.

3) La subvención anual que el Estado conceda a las diputaciones para la construcción de caminos vecinales será proporcionada al presupuesto aprobado de las obras.

2. Competencias de las diputaciones catalanas en el nuevo marco legal, excluida la CEAL

Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local

Artículo 2

1) Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, *deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.*

2) Las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen.

Artículo 36

1) Son competencias propias de la diputación las que les atribuyan, en este concepto, las leyes del Estado y de las comunidades autónomas en los diferentes sectores de la acción pública y, en todo caso:

a) La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del número 2 del artículo 31.

b) *La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.*

c) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal.

d) En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia.

2) A los efectos de lo dispuesto en las letras a) y b) del número anterior, la diputación:

a) Aprueba anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y los servicios de competencia municipal, en cuya elaboración deben participar los municipios de la provincia. El plan, que deberá contener una memoria justificativa de sus objetivos y los criterios de distribución de los fondos, podrá financiarse con medios propios de la diputación, las aportaciones municipales y las subvenciones que acuerden la comunidad autónoma y el Estado con cargo a sus respectivos presupuestos. Sin perjuicio de las competencias reconocidas en los estatutos de autonomía y de las anteriormente asumidas y ratificadas por éstos, la comunidad autónoma asegura, en su territorio, la coordinación de los diversos planes provinciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de esta ley.

El Estado y la comunidad autónoma, en su caso, pueden sujetar sus subvenciones a determinados criterios y condiciones en su utilización o empleo.

b) Asegura el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y la mayor eficacia y economicidad en la prestación de éstos mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación con los municipios.

Disposición derogatoria

Quedan derogadas, en cuanto se opongan, contradigan o resulten incompatibles con las disposiciones de esta ley:

a) La Ley de régimen local, texto articulado y refundido, aprobado por el Decreto de 24 de junio de 1955.

Disposición transitoria segunda

Hasta tanto la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas que se dicte de conformidad con lo establecido en los artículos 5, apartado B), letra a); 25, apartado 2, y 36, de esta ley, no disponga otra cosa, *los municipios, las provincias y las islas conservarán las competencias que les atribuye la legislación*

sectorial vigente en la fecha de entrada en vigor de esta ley.

Ley autonómica 5/1987, de 4 de abril, del régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales

Artículo 1

La presente ley tiene por objeto regular el régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales catalanas y el ejercicio de dichas competencias, mientras no se produzcan las condiciones legales que hagan posible que el gobierno y la administración de las provincias se integren en la Generalitat, con la consiguiente desaparición de la división de Cataluña en provincias.

Artículo 4

1) *Las leyes del Parlamento de Cataluña distribuirán las competencias de las diputaciones provinciales entre la Administración de la Generalitat y las comarcas.* La distribución de competencias deberá respetar el núcleo esencial de la autonomía provincial y no podrá afectar las competencias de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica que corresponden a las diputaciones provinciales, de conformidad con lo establecido por la Ley reguladora de las bases del régimen local, la legislación de régimen local de Cataluña y el título III de la presente ley.¹⁹

2) Cuando por ley se modifique el régimen de titularidad de las competencias de las diputaciones provinciales la Comisión Mixta establecida por el artículo 5 pasará a la Administración de la Generalitat o al ente comarcal que corresponda los medios personales y materiales afectos al servicio, *así como los recursos correspondientes.*

Artículo 9

1) Las diputaciones provinciales ajustarán el ejercicio de sus funciones de coordinación y cooperación económica en las obras y los servicios de competencia municipal a las siguientes reglas:

a) Las inversiones que en dicho concepto se efectúen con cargo a los presupuestos de las diputaciones provinciales se instrumentarán exclusivamente a través del Plan único de obras y servicios de Cataluña.

b) De conformidad con lo señalado por el Real Decreto 2115/1978, de 28 de julio, la disposición transitoria sexta, apartado 6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y el artículo 36.2.a) de la Ley reguladora de las bases del régimen local, la Generalitat elaborará y aprobará el Plan único de obras y servicios de Cataluña.

19. *Vid.* nota a pie n.º 6.

c) Las diputaciones provinciales participarán en la elaboración del Plan único de obras y servicios de Cataluña.

d) Los municipios de Cataluña participarán en la elaboración del Plan único de obras y servicios.

Ley autonómica 23/1987, de 23 de diciembre, del PUOSC

Artículo 1. Estructura del Plan

1) Mediante el Plan único de obras y servicios de Cataluña se instrumentará la cooperación económica para la realización de las obras y los servicios de competencia municipal a que se refieren los artículos 63 y 64 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, preferentemente los mínimos y obligatorios, en el marco del desarrollo de la nueva organización territorial de Cataluña.

Artículo 2. Financiación del Plan

1) El Plan único de obras y servicios de Cataluña se financiará mediante las siguientes aportaciones:

a) Las que la Generalitat reciba a cargo de los presupuestos del Estado con este destino.

b) Las de la Generalitat a cargo de su propio presupuesto.

c) *Las consignadas en los presupuestos de las diputaciones provinciales en el concepto de cooperación económica para financiar inversiones en obras y servicios de competencia municipal.*

d) Las de los municipios, mancomunidades o comarcas beneficiarios del plan, a cargo de sus recursos ordinarios, contribuciones especiales y operaciones de crédito.

e) Las otorgadas de forma expresa por organismos de carácter internacional de acuerdo con sus finalidades y funciones.

2) *Las diputaciones actualizarán anualmente, como mínimo, sus aportaciones, de acuerdo con la radio de variación de sus recursos ordinarios.* Para el cálculo de dicha radio entre dos anualidades, se descontarán de la primera los recursos que hayan sido objeto de transferencia de acuerdo con la Ley 5/1987, de 4 de abril, del régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales.

3) *Sin perjuicio de lo establecido por el apartado 1.c), los demás recursos financieros que las diputaciones de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona destinen a la realización, la ampliación o la mejora de obras y servicios de competencia municipal se instrumentarán a través del Plan único de obras y servicios de Cataluña, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9.1.a) de la Ley 5/1987,*

*de 4 de abril, del régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales.*²⁰

Artículo 7. Participación de los entes locales en la elaboración del Plan

1) Las diputaciones, los consejos comarcales y los ayuntamientos participarán en la elaboración del Plan único de obras y servicios de Cataluña mediante la Comisión de Cooperación Local creada por el artículo 173 de la Ley 8/1987, de 15 de mayo, municipal y de régimen local de Cataluña.

2) Corresponderá a la Comisión de Cooperación Local formular anualmente el proyecto de plan e informar previamente de sus modificaciones y de todas las cuestiones relativas a su aplicación que le sometan a consideración los órganos y las instituciones con competencia en dicha materia.

Disposición transitoria segunda

Para la financiación del primer plan la aportación de las diputaciones deberá ser, como mínimo, igual a la media aritmética de los recursos que dichas corporaciones hayan presupuestado en concepto de cooperación económica para financiar inversiones en obras y servicios de competencia municipal en los ejercicios de los años 1985, 1986 y 1987.

Ley autonómica 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña

Artículo 168

1) *La Administración de la Generalitat colaborará con los entes locales con el fin de facilitarles la asistencia y la cooperación económica, jurídica y técnica que requieran.*

2) La Administración de la Generalitat también facilitará su cooperación a los entes locales en las siguientes actuaciones:

a) Darles el apoyo jurídico y los medios de coacción necesarios para el cumplimiento efectivo de sus actos y acuerdos, a petición del ente local respectivo.

b) Gestionar ante las instituciones financieras el tratamiento preferencial de los entes locales.

c) Apoyarlos en sus relaciones con las empresas prestadoras de servicios públicos.

3) *Corresponderá al Gobierno de la Generalitat establecer los criterios de coordinación en el ejercicio de las funciones de asistencia y cooperación que la legislación de régimen local atribuye a la Administración de la Generalitat y a los entes locales supramunicipales.* En ningún caso estos criterios de coordinación podrán afectar a la autonomía de los entes locales.

20. Apartado declarado inconstitucional por la STC 109/1998, de 21 de mayo.

Estos criterios, que se fijarán por decreto, en cualquier caso establecerán:

- a) los objetivos y la determinación de las prioridades de actuación;
- b) las bases generales para la programación y la financiación;
- c) los órganos de coordinación pertinentes, en los que se garantizará la participación de los entes locales interesados, y
- d) las relaciones y los medios de apoyo entre los propios entes que tengan atribuidas funciones de cooperación.

4) *La coordinación tendrá la finalidad de integrar todas las funciones de asistencia y cooperación en un sistema global, para conseguir una actuación conjunta, la homogeneidad técnica, la información recíproca y la eliminación de disfuncionalidades.*

5) En la elaboración de los criterios de coordinación se garantizará la participación de los consejos comarcales y de las diputaciones provinciales.

6) Una vez elaborados los criterios, y antes de ser aprobados por decreto, se remitirán al Parlamento de Cataluña para que se pronuncie al respecto, de conformidad con lo establecido por el Reglamento del Parlamento. El Gobierno de la Generalitat informará, en todos los casos, al Parlamento de la aplicación de los criterios de coordinación. ■

La autorización judicial de entrada en el domicilio

1. Introducción.
2. Concepto constitucional de domicilio.
3. Titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio.
4. La autorización judicial en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.
 - 4.1. La regulación legal vigente.
 - 4.2. La doctrina del Tribunal Constitucional: cuando las actuaciones administrativas están sometidas a un proceso contencioso-administrativo, es éste el órgano competente para conocer las autorizaciones de entrada al domicilio.
 - 4.3. Los orígenes y la rectificación de la doctrina del Tribunal Constitucional.
5. Diferentes posibilidades de intervención judicial.
 - 5.1. Ejecución forzosa de actos no recurridos.
 - 5.2. Ejecución forzosa de actos administrativos recurridos y no suspendidos.
 - 5.3. Ejecución forzosa de actos administrativos recurridos y pendientes de resolución sobre su suspensión.
 - 5.4. Ejecución forzosa de actos administrativos declarados legales mediante sentencia firme.
 - 5.5. Actuaciones administrativas de investigación y comprobación.
6. Procedimiento para la obtención de la autorización judicial de acceso.
 - 6.1. Competencia.
 - 6.2. El proceso para articular tal pretensión.
 - 6.3. Requisitos de la solicitud de autorización judicial de entrada.
 - 6.4. Control de legalidad del acto.
 - 6.5. Contenido de la resolución judicial autorizando la entrada en el domicilio.

Pilar Galindo Morell
Magistrada

1. Introducción

La jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, los mecanismos de control de la actuación de la Administración, constituye, junto con la regulación de los privilegios de aquélla, el núcleo básico del derecho administrativo. Es, además, consustancial al Estado de derecho porque una Administración que actúa de forma privilegiada en el tráfico jurídico y en sus relaciones con los ciudadanos administrados necesita de forma inexcusable estar controlada.

El problema del control de la Administración y de sus actos o actuaciones, enunciado en términos simples, es una cuestión de equilibrio entre los privilegios que la ley otorga a aquélla para permitirle cumplir sus tareas y las garantías necesarias para evitar que la Administración se exceda.

Sin una habilitación legal previa no existe actividad administrativa correcta, porque la Administración, a diferencia de los ciudadanos, sólo puede realizar lo que la ley le permita o le habilite; es decir, está vinculada de forma positiva a la ley, vinculación que tiene su reflejo en el principio de legalidad (siendo uno de los dos pilares básicos del derecho administrativo) recogido en nuestra Constitución, concretamente en el artículo 9.1 (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”), en el artículo 103.1 (“La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales [...] con sometimiento pleno a la ley y al derecho”) y en el artículo 106.1 (“Los tribunales controlarán la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican [...]”).

Una problemática especial se ha suscitado cuando la ejecutividad de los actos administrativos afecta al contenido de los derechos fundamentales y las libertades públicas y, en particular, a la inviolabilidad del domicilio, reconocida en el artículo 18.2 de la Constitución española, el cual dispone que: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito.”

El artículo 18 de la Constitución establece la licitud de la entrada en el domicilio cuando el titular así lo autoriza; en este caso, no nos encontraríamos ante una excepción al derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que existe consentimiento del titular. Sin embargo, si el acceso se realiza bajo la cobertura de una resolución judicial, sí que nos encontraríamos ante un supuesto de violación del domicilio, pero ante una violación legítima y amparada por el derecho. A lo largo de este trabajo se hará referencia al contenido de esta resolución, al órgano que debe dictarla y a las cautelas que deben tomarse para garantizar el derecho a la inviolabilidad del domici-

lio. No será objeto de este comentario el supuesto de flagrante delito.

2. Concepto constitucional de domicilio

La Constitución española de 1978 recoge el derecho a la inviolabilidad del domicilio en el artículo 18.2, ubicado dentro del título I, capítulo 2, sección 1. El Tribunal Constitucional –máximo intérprete de la Constitución– en algunas sentencias considera que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una especie del derecho genérico a la intimidad. Así, las STC 126/1995, 136/2000 y 10/2002 señalan que “[...] la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y el registro en él no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar”.

Sin embargo, en otras sentencias ha estimado que el derecho a la inviolabilidad protege no sólo la intimidad sino también la privacidad, y es representativa de esta doctrina la STC 22/1984 (en su FJ 5), que señala que “[...] la inviolabilidad del domicilio [...] constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o las agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública”.

El concepto de privacidad es un concepto más amplio que el de intimidad; así, en un sentido coloquial, se dice que todo lo íntimo es privado pero no todo lo privado es íntimo.

Si bien el texto constitucional no contiene un concepto de domicilio, el Tribunal Constitucional, en una de las primeras sentencias en esta materia, la ya mencionada STC 22/1984, en su FJ 2 señala que: “En relación con este tema debe señalarse que la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la CE no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de derecho privado y, en especial, en el artículo 40 del Código civil como punto de localización de la persona o el lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Como se ha dicho acertadamente en los alegatos que en este proceso se han realizado, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que define los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (artículo 18.2 de la CE) y la que impone la defensa y la garantía del ámbito de privacidad (artículo 18.1 de la CE)”; y la misma sentencia, en su FJ 5 señala que “[...] el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y las convenciones sociales y ejerce su liber-

tad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”.

Así, la STC 94/1999, de 31 de mayo, pone de manifiesto la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, la periodicidad o la habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de la vida privada del mismo. El rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 de la CE reside en la aptitud para desarrollar en él la vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual.

Según la citada jurisprudencia, son dos las notas principales que ayudan a configurar el concepto de domicilio:

- a) que se trate de un lugar con acceso restringido (elemento de carácter objetivo), y
- b) que en él esté presente una manifestación de la intimidad o la privacidad (elemento de carácter subjetivo).

Es necesario que en ese concepto de domicilio –protegido constitucionalmente– exista un elemento subjetivo, y así la STC 228/1997 señala que “[...] no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio, a efectos constitucionales. Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación –como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales–, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad”.

Así, todo lugar con acceso restringido en el que una persona (natural o jurídica) o varias desarrollen su vida privada tiene el concepto constitucional de domicilio y, por tanto, está protegido por el derecho a la inviolabilidad del mismo. Como ejemplos reconocidos por la jurisprudencia señalamos: las segundas viviendas, los barcos habitados o la rulote en que una familia pasa las vacaciones, mientras que no lo será un vehículo.

El Tribunal Constitucional exige que en el lugar considerado “domicilio” desde un punto de vista constitucional debe estar presente, como elemento subjetivo, una manifestación de la privacidad de las personas; así se pone de manifiesto en la Sentencia de 30 de julio de 1999 (recaída en el RCA 3/1999), dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (ponente: Bandrés Sánchez

Cruzat), en la que se señala que la entrada de la Inspección Tributaria en el inmueble de la recurrente no vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio puesto que el local no constituía su domicilio fiscal, civil ni particular, siendo dicho inmueble formalmente la sede social de la empresa y de otras sociedades instrumentales, no habiéndose acreditado que en el mismo se desarrolle su vida privada. Por su parte, en la reciente STC 10/2002, de 17 de enero –cuyo supuesto de hecho es el de un funcionario de la policía que entra en la habitación de un hotel donde se alojaban dos periodistas sin su consentimiento ni autorización judicial–, el Tribunal Constitucional, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Sevilla, considera domicilio la habitación de un hotel, ya que puede ser apta para el desarrollo de la vida privada, concluyendo el Tribunal Constitucional que el artículo 577 de la LEC es contrario al derecho reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución española.

3. Titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio

Pueden ser titulares de este derecho no sólo las personas físicas (nacionales y extranjeros), sino también las personas jurídicas.

Ya hemos señalado que ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha reconocido también este derecho a las personas jurídicas. A este respecto deben señalarse, entre otras, la STC 137/1985 y la más reciente 69/1999. Esta última señala que “[...] cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario, esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas por constituir centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir de custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que puedan ser reservados al conocimiento de terceros”.

Para terminar con este apartado de la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio debe destacarse, por otro lado, que la realidad social pone de mani-

fiesto que en un espacio conviven normalmente varios sujetos, lo que lleva a plantearse quién está facultado para consentir la entrada, si todos ellos conjuntamente o si cada uno de ellos y sólo respecto de las entradas que se refieran a relaciones propias. En estos casos se considera que, si hay discrepancia, debe prevalecer la voluntad de excluir a la voluntad de admitir.

La STC 384/1993 admite la validez de entrada en el domicilio mediante autorización obtenida de los familiares en el caso de un enfermo, señalando que “[...] debe concluirse que ninguna vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio puede entenderse ocasionada en el caso de autos, toda vez que la entrada en la vivienda del recurrente fue consentida por sus propios familiares”, si bien al alcance de dicha sentencia es limitado, pues al tratarse de un familiar enfermo, no tuvo la oportunidad de manifestarse sobre si otorgaba o no el consentimiento a la entrada.

4. La autorización judicial en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

4.1. La regulación legal vigente

Una de las novedades introducidas por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, es la modificación del régimen de control judicial de la ejecución de los actos de las administraciones públicas, cuando éstos precisen la entrada en el domicilio de un administrado, sea persona física o jurídica.

La citada ley, al enumerar las competencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo, dispone en el apartado 5 del artículo 8 que “[...] los juzgados de lo contencioso-administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública”.

La citada LJCA ha exigido que determinados artículos de la LOPJ deban ser modificados para que tengan una redacción acorde con las previsiones competenciales de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello ha motivado la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ, la cual ha suprimido el artículo 87, párrafo segundo, y ha dado una nueva redacción al artículo 91 de la LOPJ, que ha quedado redactado de la manera siguiente:

“Los juzgados de lo contencioso-administrativo conocerán en primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos contra actos que expresamente les atribuya la ley. Corresponde también a los juzgados de lo contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y los restan-

tes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración.”

La única diferencia en la redacción de ambos preceptos es la referencia al tipo de resolución judicial en virtud de la cual debe adoptarse la autorización judicial de entrada, que en el artículo 91.2 de la LOPJ se establece que se hará mediante auto, mientras que la LJCA no menciona tal aspecto, si bien posteriormente en su artículo 80 así se deduce.

4.2. La doctrina del Tribunal Constitucional: cuando las actuaciones administrativas están sometidas a un proceso contencioso-administrativo, es éste el órgano competente para conocer las autorizaciones de entrada al domicilio

Paralelamente a esta reforma legislativa se ha producido también un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que, completando la doctrina sentada desde la Sentencia antes referida 22/1984, viene a clarificar la cuestión que no satisfacía a la mayoría de la doctrina científica. Así, la STC 199/1998, de 13 de octubre, viene a interpretar el ya derogado artículo 87.2 de la LOPJ, y, si bien el mismo se encuentra en la actualidad derogado, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sigue estando vigente.

Se trataba de la expropiación de un inmueble mediante acto administrativo, cuyos titulares interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, impugnando, entre otros extremos, la ejecutividad de dicho acto. Antes de que recayera resolución firme sobre dicho recurso, y estando pendiente de que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre el recurso de casación interpuesto por los recurrentes en la pieza separada de medidas cautelares, la Administración municipal demandada sobre la base del artículo 87.2 de la LOPJ solicitó la entrada en el domicilio al juzgado de instrucción, la cual fue concedida y ratificada por la Audiencia Provincial.

Los recurrentes acuden al Tribunal Constitucional interponiendo recurso de amparo, al estimar que tal modo de proceder suponía una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución española, y el soporte argumental de la petición de amparo se apoyaba en dos razones:

a) Una vez iniciado un proceso contencioso-administrativo, y sin concluir éste, se ha producido una interferencia por los órganos judiciales del orden penal que les ha obligado a litigar en dos órdenes jurisdiccionales distintos (el contencioso-administrativo y el penal), impidiendo que los tribunales de lo contencioso-administrativo pudieran dispensar en su día la tutela judicial que los recurrentes habían solicitado con carácter previo.

b) Que son los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo los competentes para pronunciarse acerca de la ejecución o la suspensión de los actos administrativos al haberse iniciado un proceso contencioso-administrativo. Alegaban que el juzgador penal tiene un conocimiento limitado de las circunstancias que rodean la ejecutividad del acto administrativo, y adopta la decisión en unas actuaciones que no tienen carácter contradictorio, basándose para ello en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/1992.

Para el Tribunal Constitucional resulta un dato de especial relevancia que la petición de suspensión de la orden de desalojo sea anterior a la petición de la Administración municipal demandada de autorización para la entrada en el domicilio. Y razona:

a) Que el artículo 18.2 de la Constitución española consagra el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, pero el mismo no precisa la naturaleza del tribunal que acuerde la entrada en el domicilio, con lo que es evidente que este precepto constitucional no determina el orden jurisdiccional competente, ni de él se deriva que corresponda necesariamente al juez penal la protección de la inviolabilidad del domicilio, siendo cuestión que ha de ser resuelta atendiendo a las reglas que determinan la competencia de los distintos tribunales.

b) Reitera que el control de legalidad de los actos y las actuaciones de la Administración corresponde a los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, según se deriva de los artículos 9.4 y 24 de la LOPJ, así como del artículo 1 de la Ley de la jurisdicción tanto en la versión vigente cuando se produjeron los hechos (Ley de 27 de diciembre de 1956) como en la versión actual de la Ley 29/1998.

c) Estima además que el artículo 87.2 de la LOPJ no resulta aplicable en aquellos casos en que está pendiente una decisión sobre la ejecutividad de los actos administrativos por los tribunales contencioso-administrativos, pues en caso contrario se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución española.

Como ya declaró la STC 144/1987, el artículo 87.2 de la LOPJ no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de legalidad de los actos de la Administración, sino que el control de legalidad de dichos actos, como el de toda la actuación de la Administración, sigue siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la única que puede conceder la suspensión de lo resuelto por la Administración (en sentido similar se pronuncian las STC 160/1991 y 171/1997).

Así, el Tribunal Constitucional llega a una importante conclusión en su FJ 2:

“Una vez iniciado un proceso contencioso-administrativo en el que se discute sobre la legalidad y sobre la

ejecución o la suspensión de un acto administrativo, el supuesto ya no entra en el ámbito del artículo 87.2 de la LOPJ, sino que es el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo el que sigue ostentando su potestad jurisdiccional sobre la cuestión y el obligado a otorgar su tutela efectiva, con lo que, en definitiva, es competente para acordar, en su caso, la ejecución sin necesidad de la autorización de la entrada en domicilio contemplada en el artículo 18.2 de la Constitución española. Por otra parte, esa conclusión la hemos declarado anteriormente con reiteración.”

Así, en la STC 211/1992, que circunscribió el ámbito de aplicación del artículo 87.2 de la LOPJ para las denominadas “autorizaciones administrativas”, pero cuando las actuaciones administrativas están sometidas a un proceso contencioso-administrativo, es éste el órgano competente para conocer de dichas autorizaciones.

El Tribunal Constitucional concluye en el FJ 3 lo siguiente: “[...] iniciado en el presente caso el proceso contencioso-administrativo con anterioridad a la solicitud de autorización para la entrada en domicilio, quedaba fuera del artículo 87.2 de la LOPJ el otorgamiento de la misma y se mantenía en manos de los tribunales del orden contencioso-administrativo la resolución procedente, tanto en lo relativo a la cuestión de fondo planteada como en lo concerniente a la ejecución de la misma en los términos establecidos por el artículo 104 de la Ley de la jurisdicción. La interferencia del juzgado de instrucción motivada por la solicitud de la Gerencia Municipal de Urbanismo supuso, pues, un impedimento para que los tribunales del orden contencioso-administrativo que conocían del asunto pudieran dispensar la tutela judicial efectiva en toda su extensión y ello conduce a declarar vulnerado a las recurrentes el derecho garantizado por el artículo 4.1 de la Constitución, por corresponder a dichos tribunales pronunciarse sobre lo que es objeto de las resoluciones impugnadas”.

Comentando la referida STC 199/1998, el catedrático Tomás Quintana López señala que la impugnación de un acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa acompañada de una petición de suspensión de la eficacia de aquél, en atención a la doctrina que se ha ido considerando, impide al juez de instrucción, y en general al orden jurisdiccional penal, autorizar la entrada en el domicilio para ejecutar el acto mientras dure la tramitación del incidente de suspensión en las distintas instancias que pudieran conocer del mismo. Pero, además, ultimado el proceso impugnatorio principal mediante sentencia firme o definitiva, para la ejecución provisional de la sentencia definitiva tampoco sería necesario solicitar la autorización judicial para traspasar el umbral del domicilio en ejecución de una u otra sentencia provisionalmente ejecutada, pues una y otra constituyen título bastante para entrar en el domicilio cuando así lo requiera la ejecución de la sentencia o el acto adminis-

trativo que haya sido objeto de control de legalidad, sin que para ello en su momento fuera necesario obtener previamente la autorización del artículo 87.2 de la LOPJ. La garantía de la inviolabilidad del domicilio está cubierta con el pronunciamiento del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo.

De acuerdo con esta doctrina, queda descartado que el juzgado de lo contencioso-administrativo pueda autorizar la entrada en domicilio para la ejecución de un acto administrativo mientras esté por decidir por el órgano correspondiente de este orden jurisdiccional la ejecutividad de aquel acto en el incidente de suspensión cautelar, a lo que presta cobertura la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la citada STC 199/1998.

En opinión de este autor, la autorización de entrada en el domicilio en caso de ser precisa para la ejecución de un acto administrativo podrá ser otorgada por el juez de lo contencioso-administrativo además de cuando el acto, por consentido, haya adquirido firmeza, cuando aun no siendo firme por haber sido recurrido en vía administrativa o contencioso-administrativa, no haya sido solicitada la suspensión cautelar de los efectos, por lo que, en estos casos, tiene extraordinaria importancia el momento en que se solicita la autorización judicial o la suspensión de los efectos del acto por los interesados, pues solicitada la suspensión, hasta que no se resuelva en firme, no podrá procederse a la ejecución y, por tanto, tampoco será practicable la solicitud de autorización de entrada en domicilio, si bien se concluye que dicha solución propicia que las partes deban apresurarse a iniciar la ejecución y a solicitar la autorización judicial, en el caso de la Administración, o pedir la suspensión de los efectos del acto en una impropia aplicación del principio *prior in tempore prius in ius*.

4.3. Los orígenes y la rectificación de la doctrina del Tribunal Constitucional

Los orígenes de esta competencia: la doctrina del Tribunal Constitucional se encuentra en la STC 22/1984, de 17 de febrero, que anuló la STS de 7 de diciembre de 1982, y estableció la necesidad de autorización judicial para la entrada de la Administración en un domicilio.

Los antecedentes fácticos de la misma, de forma resumida, son los siguientes: se trataba de un constructor que levantó un edificio con una planta más de la permitida, razón por la que el Ayuntamiento de Murcia ordenó la demolición del ático ilegal. Presentado recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Albacete, éste es desestimado, y el ayuntamiento ordenó la demolición de la planta ilegal. Contra la orden de desalojo y derribo, el constructor acude a la jurisdicción contencioso-administrativa por la vía de la protección de los derechos fundamentales al estimar que

se había producido una violación de su domicilio. Su recurso es desestimado. Interpuesto recurso de amparo, el Tribunal Constitucional declara que se ha producido una violación administrativa del domicilio, pero sin mayores consecuencias prácticas, pues el derribo ya se había producido. Esta doctrina provocó un vacío legal, puesto que ninguna norma establecía entonces quién era el juez competente para otorgar las autorizaciones judiciales exigidas por el Tribunal Constitucional de cara a las ejecuciones administrativas que requirieran una entrada domiciliaria, problema que se soluciona con el artículo 87.2 de la LOPJ, que atribuía la competencia al juez de instrucción, señalando la STC citada que al juez de instrucción no le correspondía valorar la acción administrativa sino la “necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona”.

Dicha sentencia se plantea la colisión de dos normas jurídicas: por una parte, la autotutela reconocida a la Administración para ejecutar sus propias resoluciones, al amparo de lo preceptuado en el artículo 103 de la Constitución española y, por otra parte, la inviolabilidad del domicilio (artículo 18 de la Constitución española). El Tribunal Constitucional señala que la autotutela ejecutiva es conforme a la Constitución, si bien la misma debe respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos.

Esta sentencia, sin embargo, no solventa los problemas que plantea el ejercicio de la potestad de ejecución de los actos de la Administración, ni tampoco se pronuncia sobre el órgano competente para autorizar la entrada en el domicilio, lo que provocó un vacío legal que pronto quedó subsanado con lo dispuesto en el artículo 87.2 de la LOPJ, de 1 de julio de 1985.

Dicha sentencia fue objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina científica, lo que provocó que la doctrina sentada en la misma haya sido objeto de rectificación por parte del Tribunal Constitucional y de matizaciones en la misma.

La rectificación del Tribunal Constitucional se inicia en la STC 160/1991, de 18 de julio, que aborda el problema de la inviolabilidad del domicilio y la ejecución material de actos administrativos derivados de un previo procedimiento expropiatorio.

Se plantea la siguiente cuestión: si existiendo una resolución judicial firme que ordena la expropiación y el consecuente desalojo y derribo de una vivienda, es además necesaria una posterior resolución judicial para ejecutarla materialmente. La respuesta que ofrece el Tribunal Constitucional en la referida sentencia es negativa, y en este aspecto se aparta de la doctrina sentada en la STC 22/1984. Señala el Tribunal Constitucional que, producida una sentencia firme, no es necesaria una nueva autorización judicial para la entrada en el domicilio con el objeto de proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos.

Siguiendo esta línea se han dictado numerosas sentencias por el Tribunal Constitucional referentes a la aplicación y al ámbito del artículo 87.2 de la LOPJ. Así, por ejemplo, la STC 144/1987 dispone que “[...] el artículo 87.2 de la LOPJ no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución exige la entrada en un domicilio para atribuirlo al juez de instrucción que ha de acordar la entrada. El control de legalidad de estos actos, como el de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración”. En este sentido se pronuncian también las STC 160/1991 y 171/1997.

5. Diferentes posibilidades de intervención judicial

5.1. Ejecución forzosa de actos no recurridos

Este supuesto no plantea dificultad, pues el único órgano jurisdiccional que interviene es el juzgado de lo contencioso-administrativo, de conformidad con la previsión del artículo 8.5 de la Ley 29/1998; por tanto, no se plantearán problemas de competencia ni sobre la naturaleza judicial o administrativa del acto.

5.2. Ejecución forzosa de actos administrativos recurridos y no suspendidos

Puede ser que habiéndose recurrido el acto administrativo no se haya solicitado la suspensión, o bien, habiéndose solicitado, haya sido denegada por el órgano competente.

En el primer caso, el recurrente puede hacerlo en cualquier momento de conformidad con la regulación que de las medidas cautelares contiene la LJCA (artículos 129 y siguientes); la duda surge si, interesada la suspensión cuando ya se ha solicitado y obtenido por la Administración la autorización de entrada, dicha solicitud de suspensión suspende la resolución judicial autorizando la entrada hasta que se resuelva la solicitud de suspensión en la correspondiente pieza separada, duda que en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional debe resolverse a favor de que una vez solicitada la suspensión y hasta que la misma no se resuelva no podrá procederse a la ejecución del acto administrativo ni en consecuencia se podrá proceder a la entrada en el domicilio.

En el segundo caso, cuando la solicitud de suspensión se ha denegado, la duda es si el auto en el que se deniega la suspensión puede considerarse resolución judicial suficiente para autorizar la entrada de la Adminis-

tración, debiendo ser la respuesta negativa puesto que el auto denegatorio de la suspensión difícilmente contiene los requisitos y el contenido mínimo que debe exigirse para la autorización judicial de la entrada.

5.3. Ejecución forzosa de actos administrativos recurridos y pendientes de resolución sobre su suspensión

En este caso se ha recurrido el acto administrativo cuya ejecución se pretende y se ha solicitado la suspensión, pero el órgano jurisdiccional no ha resuelto todavía la petición de suspensión. La cuestión es: si mientras se resuelve la suspensión se puede solicitar por parte de la Administración la autorización de la entrada. La citada STC 199/1998 se ha pronunciado al respecto señalando en su FJ 2 que: “[...] por imperativo del artículo 24.1 de la Constitución española la prestación de la tutela judicial ha de ser efectiva, y ello obliga a que cuando el órgano judicial competente se pronuncie sobre la ejecutividad o la suspensión a él sometida, su decisión puede llevarla a cabo, lo que impide que los órganos del Estado, sean administrativos o sean de otro orden jurisdiccional distinto, resuelvan previamente sobre tal pretensión, infiriéndose de esa manera en el proceso judicial de que conoce el Tribunal competente y convirtiendo así en ilusoria e ineficaz la tutela que pudiera dispensar éste. Hasta que no se tome la decisión al respecto por el tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis ésta se habría convertido en juez (STC 78/1996); pero tampoco cabe la ejecución por otro órgano judicial distinto porque esta eventualidad impediría que aquel tribunal, el competente, pudiera conceder eficazmente la tutela tal y como le impone el derecho fundamental (STC 76/1992)”.

Este supuesto es el contemplado en la reciente Sentencia de la Sección 2 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de marzo de 2003 al resolver un recurso de apelación contra un auto del Juzgado de lo contencioso n.º 12 de Barcelona que denegó la autorización de entrada en el domicilio basándose en la suspensión de la ejecutividad decretada mediante auto de la sala para así evitar incurrir en resoluciones contradictorias, señalando la sala que “[...] el juez contencioso-administrativo no puede acordar elevar la solicitud de entrada al órgano contencioso-administrativo que resulte competente para conocer del recurso contencioso-administrativo principal por resultar inadecuada la acumulación de ambos procesos ni puede autorizar la entrada en el domicilio cuando resulte incompatible con la decisión firme del órgano jurisdiccional que conozca del recurso principal en que se enjuicia la legalidad de la actuación administrativa que da cobertura a la entrada en el domicilio”.

5.4. Ejecución forzosa de actos administrativos declarados legales mediante sentencia firme

Ésta es una de las cuestiones más controvertidas.

Una primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional, representada por la tantas veces citada STC 22/1984, entendió que era necesaria una segunda resolución judicial al señalar en el FJ 5 *in fine* que “[...] el hecho de encontrarse ejecutando una decisión judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo naturalmente las hipótesis que generan causas de justificación como puede ocurrir en el estado de necesidad”.

Esta postura mantenida por la referida sentencia fue objeto de numerosas críticas, llegándose a decir que dicha exigencia significa una desconfianza radical frente a la Administración y frente a los órganos jurisdiccionales.

Posteriormente, la conocida STC 160/1991 (dictada en un recurso de amparo contra actuaciones materiales producidas por agentes públicos en relación con el derribo de unos edificios en el casco urbano de Riaño) indicaba en su FJ 8 que:

“[...] en el presente caso no estamos ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizaron a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas. Se trata de ejecución de sentencias –y no de actos administrativos– que en principio corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso; debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos declarado, no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por la sentencia.

“Como ha afirmado este tribunal, toda ejecución supone la realización de un derecho previamente declarado en un acto; el cual, a su vez, ha de tener constancia formal inequívoca, certeza de su contenido y de destinatario que dispense de la necesidad de una previa interpretación a su alcance y de su extensión y que permita su realización inmediata, integrando lo que en suma se conoce como un título ejecutivo. En el presente caso, dicho título ejecutivo lo constituyen las sentencias firmes que confirmaron la expropiación de las viviendas [...]”.

Interpretación que ha sido seguida por otras sentencias, como la STC 76/1992, al señalar que “[...] quedan excluidos, por tanto, del ámbito del artículo 87.2 de la LOPJ, como se deduce del citado precepto, las entradas en domicilio y lugares a los que se refiere el

citado artículo que sean consecuencia de la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales (STC 160/1991). De no ser así, se podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que, según hemos dicho, comprende también el derecho a someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de un tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión, así como la garantía de la potestad jurisdiccional del juez o tribunal que en ese momento esté juzgando la ejecutividad del acto administrativo (artículo 117.3 de la Constitución española), y que, como se ha visto, ha de ser un órgano del orden judicial contencioso-administrativo, pues sólo a éstos compete el control de la legalidad y de su ejecución o suspensión” y por la STC 199/1998 en el FJ 3 antes transcrito.

Siguiendo al profesor Roji Buqueras, cuando se trata de la ejecución forzosa de actos administrativos declarados legales mediante sentencia firme, se pueden distinguir a su vez dos supuestos:

a) actos para cuya ejecución necesariamente se ha de proceder a la entrada en el domicilio (por ejemplo derribo de obras ilegales de una vivienda), y

b) actos en los que no resulta necesaria la entrada en el domicilio (por ejemplo, la ejecución de una sanción administrativa).

En el primer caso, la sentencia sería sobre la base de la jurisprudencia constitucional mencionada, título bastante para acceder al domicilio, mientras que en el segundo caso, cuando el acto no exige necesariamente para su ejecución la entrada en el domicilio, se debería requerir la autorización judicial al órgano correspondiente, el juzgado de lo contencioso.

5.5. Actuaciones administrativas de investigación y comprobación

En estos supuestos, cuando se pretende la entrada en el domicilio en el curso de unas actuaciones tributarias de comprobación e investigación, nada tiene que ver con unos actos administrativos cuya ejecución forzosa exige la entrada, tratándose de una actuación dentro de un procedimiento en curso en el que el ciudadano a cuyo domicilio se pretende acceder puede ser otro distinto de aquél cuya situación tributaria se está investigando, por lo que la actuación de la Inspección debe ser impugnabile y susceptible de ser suspendida.

6. Procedimiento para la obtención de la autorización judicial de acceso

6.1. Competencia

El artículo 8.5 de la Ley 29/1998 atribuye a los juzgados de lo contencioso la autorización para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consen-

timiento de su titular, siempre que ello sea necesario para la ejecución forzosa de los mismos.

Ya se trate de actos de la Administración estatal, local o autonómica, será juez competente el del lugar del domicilio donde se pretenda acceder, aunque ello no lo diga expresamente el legislador. Este criterio es contrario a lo establecido en el artículo 14.1, regla primera, de la Ley 29/1998, que establece que “[...] será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado”.

Como pone de manifiesto Álvarez Cienfuegos, la importancia de la inmediatez del juez del domicilio debe ser determinante a la hora de valorar la oportunidad y las condiciones en que debe autorizarse la entrada; de lo contrario, de inclinarse por la competencia territorial del órgano autor del acto, la medida, en cuanto tutela reforzada de la inviolabilidad del domicilio, perdería buena parte de su eficacia.

6.2. El proceso para articular tal pretensión

Si bien la ley nada dice al respecto, lo único que se desprende de la norma procesal es que la petición se resolverá mediante auto, como se desprende del artículo 80 de la ley, al admitir el recurso de apelación contra los autos dictados por los juzgados en aplicación de la competencia atribuida en el artículo 8.5 y del artículo 91.2 de la LOPJ, introducido por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio.

Se han manejado varias alternativas en torno al procedimiento a aplicar, así: o se utiliza el procedimiento ordinario, regulado en el capítulo I del título IV de la Ley jurisdiccional, o se opta por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, o la última alternativa sería la aplicación a dicha pretensión del procedimiento abreviado establecido precisamente para los juzgados de lo contencioso y regulado en el artículo 78 de la ley, el cual está previsto para aquellos recursos cuya cuantía no exceda de 500.000 pesetas y aquellos que afecten a cuestiones de personal que no se refieran al nacimiento o la extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera.

Las dos primeras opciones ofrecen serias dificultades. La primera, la que postula la aplicación del procedimiento ordinario, resulta incompatible con este tipo de medidas de carácter urgente y sumario. La segunda, que propugna la aplicación del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que por primera vez es regulado dentro de la Ley ordinaria reguladora de la JCA (pues antes estaba regulado en la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona), reviste una dificultad estructural:

está concebido para la defensa de los derechos fundamentales de la persona, no de los derechos de la Administración.

Queda, por tanto, con las modificaciones que sea menester, el procedimiento abreviado, cuya aplicación no resulta admisible puesto que el mismo está previsto en la ley para determinados asuntos entre los cuales no está incluida la autorización judicial de que estamos tratando, salvo que se acuda a la supletoriedad de la Ley de enjuiciamiento civil al amparo de lo previsto en la disposición final primera de la Ley de lo contencioso. A juicio de Álvarez Cienfuegos esta posibilidad quedaría descartada, pues el único procedimiento aplicable sería el de los incidentes, el cual no ofrece las garantías de celeridad y eficacia.

6.3. Requisitos de la solicitud de autorización judicial de entrada

Los requisitos son:

a) Determinar el acto administrativo cuya ejecución forzosa exija la entrada, debiendo acompañarse el acto administrativo y su debida notificación al particular interesado, exigencia derivada de los artículos 58 y 93 de la Ley 30/1992, así como la justificación del previo apercibimiento al sujeto obligado a la ejecución forzosa de los actos administrativos.

b) Identificar el órgano administrativo que ha dictado el acto cuya ejecución forzosa se pretende por la Administración, así como del que deba proceder a la ejecución del mismo.

Presentada la solicitud o el escrito, se plantea la cuestión de dar o no audiencia al interesado, ante el silencio de la ley. Existen argumentos a favor y en contra de otorgar o denegar la audiencia al interesado.

Son argumentos a favor los siguientes:

a) La propia Ley de lo contencioso califica este trámite como proceso al señalar el artículo 80.1.d) que son apelables en un solo efecto los autos dictados por los jueces de lo contencioso en los procesos recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.5. Por tanto, si se trata de un proceso, por muy singular y sumario que sea, parecería razonable exigir la contradicción de las partes.

b) No resulta tampoco coherente que si frente a ese auto el particular puede interponer recurso de apelación y oponer los argumentos que estime pertinentes, frente al auto del juez no haya podido formular alegaciones antes de que ese auto haya sido dictado.

c) Si dicho auto del juez de lo contencioso ha de ser motivado, toda motivación judicial exige una valoración de intereses contrapuestos.

Son argumentos en contra:

a) Su carácter de rápido y sumario, si bien frente a ello se puede oponer que también las medidas cautelares

gozan de este carácter y en las mismas se prevé el traslado a las partes para que formulen alegaciones.

b) La propia ley admite frente a dicho auto el recurso de apelación en un sólo efecto; por tanto, efecto devolutivo y no suspensivo.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga) en la Sentencia de 31 de marzo de 2000 establece la necesidad de dar audiencia al interesado al tratarse de una exigencia consustancial a las actuaciones procesales, si bien la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencias de 2 de julio de 1999 y la más reciente de 30 de abril de 2002, señala que la falta de audiencia previa no vicia de nulidad la autorización de entrada otorgada por el juez de lo contencioso.

En la práctica será necesario buscar el necesario equilibrio entre los derechos de la Administración y los derechos de los ciudadanos para que el artículo 8.5 encuentre su plena operatividad.

6.4. Control de legalidad del acto

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este aspecto ha sido clara: la cognición por parte del juez ante el que se pide la autorización para la entrada en el domicilio cuando ello sea necesario para proceder a la ejecución forzosa de los actos de la Administración ha de ser real y no un “mero automatismo formal”, pero al mismo tiempo se afirma que dicha cognición ha de ser limitada. La STC 22/1984 señala en su fundamento jurídico tercero que “[...] nada autoriza a pensar que el juez a quien se pide el permiso debe funcionar con un automatismo formal, no se somete a su juicio una valoración de la acción de la Administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona”, y se reitera en otras sentencias (STC 137/1985, 76/1992, 50/1995 y 171/1997), en las que se señala que “[...] la función del juez de instrucción, como garante de la inviolabilidad del domicilio, no debe en modo alguno limitarse a un mero automatismo formal, ni dejarse desprovista de la función garantizadora de todo análisis valorativo tanto sobre el acto administrativo de cobertura como sobre el mismo procedimiento de ejecución forzosa que exige la entrada domiciliaria así como la eventual afectación de otros derechos fundamentales y otras libertades públicas derivados de la ejecutividad del acto administrativo”.

Tal automatismo es rechazado por la STC 76/1992, reiterando el criterio de la STC 137/1985, en los siguientes términos: “Por el contrario, [...] la ley ha atribuido al juez de instrucción la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos, por lo que antes que imponerle la obligación de autorizar mecánicamente esas entradas, que ninguna garantía ofrecería a los derechos funda-

mentales, le ha otorgado la potestad de controlar, además de que el interesado es el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en derecho y sea necesario para alcanzar el fin perseguido y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto”.

En todas las sentencias del Tribunal Constitucional se afirma que el conocimiento del juez competente (en la actualidad, el juez de lo contencioso) es de alcance limitado; es decir, la cognición ha de ser real pero limitada a la cognición de la jurisdicción contencioso-administrativa. El control de legalidad que realiza el juez competente es un control de legalidad *prima facie* de determinados aspectos de la actuación administrativa, muy distinto a los términos de exhaustividad que debe llevar a cabo la jurisdicción contencioso-administrativa en el recurso jurisdiccional.

En la actualidad, y tras la reforma procesal y la atribución competencial de la entrada en el domicilio de las personas tanto físicas como jurídicas al juez de lo contencioso, ambas funciones recaen sobre el mismo juez, pero su ámbito de cognición sigue siendo diferente. El control plenario de la actuación de la Administración sólo es posible a través del recurso contencioso-administrativo (artículo 33.1 de la Ley 29/1998), pues lo contrario sería tanto como controlar la actuación de la Administración sin la interposición de un recurso contencioso, sería un control de oficio algo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de un control *prima facie* de la competencia y de determinados aspectos del procedimiento administrativo. Se trata, por tanto, de verificar una apariencia de legalidad para descartar una vía de hecho. Por tanto, el ámbito cognitivo del juez de la entrada debe limitarse a comprobar que el acto que se pretende ejecutar obedece a un fin legítimo y que la entrada es el único medio para ejecutarlo. Se trata de descartar una vía de hecho y asegurarse que se han cumplido los aspectos más básicos del procedimiento administrativo.

Por ello, para una adecuada interpretación y aplicación del artículo 8.5 de la Ley de la jurisdicción, debe encontrarse un equilibrio entre las garantías de la Administración y las garantías del ciudadano, y particularmente cuando afecta a un derecho fundamental, para obtener y lograr la plena operatividad del citado precepto.

6.5. Contenido de la resolución judicial autorizando la entrada en el domicilio

El otorgamiento de la autorización se realizará por medio de un auto, que debe ser motivado, pero el órga-

no judicial deberá de asumir una función de garante del derecho fundamental proclamado en el artículo 18.2 de la CE, lo que significa que no es el juez de la legalidad del acto administrativo, sino el juez de la legalidad de la entrada en el domicilio, tal y como se pone de manifiesto en el FJ 2 de la STC 171/1997 antes recogido.

Por último y respecto del contenido de la resolución judicial, de la jurisprudencia constitucional pueden desprenderse los siguientes extremos, que debe contener la misma, siguiendo al profesor Rojí Buqueras:

- a) determinación con claridad y precisión de los datos que permitan identificar la vivienda en que el registro ha de practicarse;
- b) identificación del sujeto pasivo de la medida;
- c) relación ponderada de los medios empleados para evitar excesos innecesarios;
- d) limitación del periodo de duración y del tiempo de la entrada, y
- e) obligación de comunicar al juez el resultado de la entrada y el reconocimiento en el domicilio para que pueda cumplir con plenitud su función de garante de los excesos cometidos. ■

El régimen de sesiones del Pleno municipal

Héctor García Morago
*Magistrado-juez
de lo contencioso-administrativo*

1. Introducción.
2. Principios integradores.
3. Tipología de sesiones.
4. Las sesiones ordinarias.
 - 4.1. Periodicidad.
 - 4.2. Iniciativa de la convocatoria.
 - 4.3. Garantías esenciales de la convocatoria.
 - 4.4. Requisitos para la válida constitución del Pleno y conclusión del mismo.
 - 4.4.1. Constitución del Pleno.
 - 4.4.2. Publicidad de las sesiones.
 - 4.4.3. Conclusión.
 - 4.5. Sistema de votación.
 - 4.6. El orden del día.
 - 4.6.1. Aprobación de actas de sesiones anteriores.
 - 4.6.2. Expedientes tramitados y propuestas surgidas del propio ayuntamiento.
 - 4.6.3. El control político como apartado específico.
 - 4.6.4. Dación de cuenta de decretos y acuerdos de la Comisión de Gobierno.
 - 4.6.5. Ruegos y preguntas.
 - 4.6.6. Mociones.
 - 4.6.7. El control político de la Comisión de Gobierno.
 - 4.7. Debate y votación.
 - 4.8. Participación vecinal.
5. Sesiones extraordinarias urgentes.
 - 5.1. Iniciativa.
 - 5.2. Antelación mínima.
 - 5.3. Limitación de asuntos a tratar.
6. Sesiones extraordinarias no urgentes ajenas a la elección o destitución de personas.
 - 6.1. Iniciativa.
 - 6.2. Convocatoria.
 - 6.3. Omisión de la convocatoria.
 - 6.4. Denegación de la convocatoria.
 - 6.5. El orden del día.
 - 6.6. Especialidades.
 - 6.6.1. Sesión de cierre de actas.
 - 6.6.2. Sesión constitutiva de la nueva corporación y de la elección de alcalde.
 - 6.6.3. Sesión de estructuración básica de la corporación.
7. Sesiones extraordinarias no urgentes para la elección o destitución de personas.
 - 7.1. La elección de alcalde tras la celebración de elecciones locales.
 - 7.2. La elección de alcalde tras quedar vacante el cargo.
 - 7.3. Pleno extraordinario para el debate y la votación de la moción de censura contra el alcalde.
 - 7.3.1. Iniciativa.
 - 7.3.2. Formalidades.
 - 7.3.3. Convocatoria.
 - 7.3.4. Desarrollo de la sesión.
 - 7.3.5. Rechazo de las maniobras dilatorias.

1. Introducción

Este trabajo pretende ofrecer una panorámica del régimen de sesiones del Pleno municipal, del régimen vigente tras las reformas de que han venido siendo objeto la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRL), y la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general (LOREG), como consecuencia del denominado *Pacto Local*.

Reformas que, como es sabido, se han traducido en un incremento notable del peso específico del alcalde frente al resto de los órganos de la corporación.

El legislador, no obstante, ha querido restablecer el equilibrio interno en el seno de los ayuntamientos, reforzando, a su vez, las funciones de control y fiscalización del Pleno, lo que hace que no sea inoportuno repasar el régimen de sesiones de ese órgano a la luz de la nueva normativa.

Por razones de tiempo y espacio, este trabajo se centrará en el estudio del régimen de sesiones del Pleno municipal, toda vez que es el ayuntamiento la pieza básica del engranaje local, siendo obvio, por lo demás, que lo que se diga sobre el municipio y su órgano “supremo” podrá ser extrapolado, *mutatis mutandis*, al resto de las entidades locales y al resto de los órganos colegiados.

Por lo demás, no nos limitaremos a glosar la normativa estatal, sino que haremos extensivas nuestras consideraciones a la normativa de régimen local propia de Cataluña aplicable al caso; normativa que se condensa en la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña (LMC).

Sobre esta última –es decir, sobre la LMC–, hay que poner de relieve que muchos de los derechos –sobre el particular que nos ocupa– que la normativa estatal refiere a los grupos políticos, la LMC los hace extensivos a todos los concejales o a un número mínimo de éstos, debiéndose destacar, no obstante, que el artículo 48.5 bis de la LMC prohíbe que los concejales que abandonan la candidatura por la cual fueron elegidos puedan integrarse en el Grupo Mixto, debiendo permanecer como concejales no adscritos, siendo sus deberes y derechos individuales –incluidos los de carácter económico y material– los derivados del estatuto de los miembros de las corporaciones locales, participando en las actividades propias del ayuntamiento de manera análoga a la del resto de concejales (artículo 48.5 ter de la LMC).

Como ha puesto de manifiesto Mir Bagó,¹ nos encontramos ante una limitación de derechos de dudosa constitucionalidad. No en vano el artículo 73.3 de la LRD

ha partido de la premisa básica de que todos los concejales sin excepción deben encuadrarse en grupos municipales, siendo oportuno traer a colación la STS de 17 de diciembre de 2001, según la cual los grupos municipales integrados por un solo concejal gozan de idénticos derechos de participación –en las comisiones informativas– que el resto de los grupos políticos.

En otro orden de cosas, huelga decir que un examen mínimamente exhaustivo de la materia nos obligará a tomar en consideración otras normas, a saber: el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL), aprobado mediante Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, y el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF), aprobado mediante Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

2. Principios integradores

Antes de entrar a desarrollar el régimen de sesiones del Pleno municipal, conviene tener presente que la dinámica de este órgano no ha sido diseñada de forma caprichosa, pues las normas que presiden el funcionamiento del órgano supremo del ayuntamiento se hallan al servicio de valores y principios superiores.

Principios y valores que, en último extremo, nos van a servir para salir del atolladero cuando el derecho positivo se muestre incapaz de resolver situaciones peculiares o anómalas.

Como es obvio, nos estamos refiriendo a valores tales como el “pluralismo político” y todos aquellos que cabe extraer del artículo 1.1 de la Constitución, en la medida en que puedan estar dotados de una dimensión organizativa. Pero también estamos haciendo alusión al derecho de participación en los asuntos públicos *ex* artículo 23.1 de la CE, y a las reglas que se infieren del artículo 140 de nuestra Ley fundamental, reglas que nos hablan de una organización necesaria, integrada por el alcalde y el ayuntamiento pleno. Pleno, éste, cuya garantía institucional al más alto rango constituye un valladar frente a normas o actos dirigidos a convertirlo en un órgano puramente testimonial, o en una mera caja de resonancia de la mayoría gobernante, pues no en vano el artículo 140 de la CE configura al ayuntamiento, integrado por todos los concejales, como un auténtico órgano de gobierno y administración.

3. Tipología de sesiones

Las sesiones del Pleno municipal pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. MIR BAGÓ, J. “Valoració de les últimes modificacions de la Llei municipal i de règim local de Catalunya”, pp. 10 y 11, *El Clip* n.º 19. Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, 2002.

a) Sesiones ordinarias.

b) Sesiones extraordinarias, cuya convocatoria debe ser motivada, so pena de anulabilidad (STS de 5 de junio de 1994, Aranzadi 5532), salvo que se trate de sesiones extraordinarias de carácter preceptivo.

Las sesiones extraordinarias, a su vez, pueden descomponerse en:

b.1) Sesiones extraordinarias.

b.2) Sesiones extraordinarias urgentes.

Por último, las sesiones extraordinarias no urgentes podemos clasificarlas de la siguiente forma:

b.1.1) Sesiones extraordinarias para la elección o la destitución de personas.

b.1.2) Otras sesiones extraordinarias no urgentes.

Empezaremos nuestro análisis con el estudio del régimen de sesiones ordinarias, examinando en los demás supuestos aquello que es privativo de los mismos, sin incidir, pues, en aquellos aspectos –comunes a todas las sesiones– ya tratados a propósito de las sesiones ordinarias.

4. Las sesiones ordinarias

4.1. Periodicidad

La necesidad de preservar el pluralismo político en el seno del municipio ha llevado al legislador a garantizar una mínima actividad del Pleno, mediante la consagración de sesiones periódicas de celebración preceptiva –lo desee o no el equipo de gobierno–, conocidas como “sesiones ordinarias”.

El artículo 46.2.a) de la LRD señala que el número de tales sesiones deberá ser, como mínimo, de una cada tres meses, cada dos o cada uno, según sea la población del municipio inferior a 5.001 habitantes; superior a 5.000, pero inferior a 20.001; o superior a 20.000.

El Pleno podrá acordar que la periodicidad de las sesiones ordinarias sea más intensa que la que se desprende de la LRL, pero no lo contrario.

Cuando por razón del número de habitantes la periodicidad de las sesiones ordinarias deba ser mensual, cabe sostener la posibilidad de excluir los meses o los periodos vacacionales si el cómputo total de sesiones ordinarias arroja un resultado no inferior a doce. Se trata, por lo demás, de una solución que en el fondo es mucho más respetuosa con los intereses de la oposición que la que llevaría a convocar sesiones ordinarias en agosto o, por ejemplo, a finales de diciembre, aprovechando la ausencia o los compromisos de buena parte de los concejales. Una opinión similar –mucho más elaborada, eso sí– puede encontrarse en el primer volumen de la obra –de obligada lectura– *Manual del*

secretario. Teoría y práctica del derecho municipal, pp. 469 y 470, (Atelier, Barcelona, 2002), de Carmen Alonso Higuera.

Aunque del artículo 47.1 del TRRL se desprende que es menester que sea el Pleno el que determine el día en que deben celebrarse las sesiones ordinarias, nada empece para que dicho acuerdo se adopte con ciertas dosis de flexibilidad, estableciendo un día con carácter subsidiario, pero permitiendo que el alcalde pueda modificarlo dentro de unos márgenes razonables.

En este mismo sentido, nada impide que el Pleno pueda, además, relativizar el principio de unidad de acto, autorizando al alcalde a prolongar las sesiones ordinarias más allá de las veinticuatro horas, con advertencia previa en la convocatoria, tal como se desprende, por ejemplo, de la obra *Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales*, pp. 498 y 499 (volumen I. Abella, Madrid, 1995), redactada por *El consultor*.

Por lo demás, las sesiones ordinarias deben convocarse aunque no haya expedientes de qué tratar (STS de 21 de mayo de 1993 y de 18 de febrero de 1991), pudiendo tener lugar en día festivo (STS de 26 de febrero de 1975).

4.2. Iniciativa de la convocatoria

La competencia para convocar las sesiones ordinarias del Pleno corresponde al alcalde y sólo al alcalde [artículo 21.1.c) de la LRD], sin que la mencionada atribución pueda ser delegada en un tercero (artículo 21.3 de la LRD).

4.3. Garantías esenciales de la convocatoria

Desde la expedición de la convocatoria los expedientes a resolver deberán hallarse en Secretaría, a disposición de todos los concejales [artículo 46.2.b) de la LRD], pudiendo, éstos, obtener copias de los correspondientes documentos (artículo 84 del ROF), no pudiendo limitarse tal derecho a aquellos que ostenten responsabilidades de algún género (STS de 26 de febrero de 1996, Aranzadi 1629).

La convocatoria, el orden del día y los borradores de las actas pendientes de aprobación deberán ser notificados a los concejales en su domicilio (artículo 80.3 del ROF), debiendo quedar acreditado este requisito en Secretaría (artículo 81.2 del ROF), siendo, por ejemplo, nula, la sesión, de haberse omitido la citación de la totalidad de una facción política (STS de 3 de mayo de 2002, BDE² 15231).

Por otra parte, entre la publicación y la notificación de la convocatoria y la celebración de la sesión, deberán

2. Base de datos “El Derecho”.

mediar dos días hábiles completos (excluyendo, pues, del cómputo, el día de notificación y el día de celebración de la sesión, tal como se desprende de la STS de 5 de julio de 1994, Aranzadi 5532), y ello, al objeto de que los concejales –especialmente los de la oposición– puedan disponer del tiempo mínimo indispensable para poder ilustrarse sobre el contenido y el alcance de los acuerdos en proyecto.

Obviamente, la infracción de esta regla puede llevar aparejada la anulación de los acuerdos adoptados, salvo que, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, pueda llegarse a la conclusión de que la infracción no ha impedido que los vecinos y los concejales queden enterados de la convocatoria con una antelación mínima, y que estos últimos –es decir, los concejales– hayan podido examinar de forma suficiente los correspondientes expedientes [artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC), y STS de 21 de noviembre de 1996, Aranzadi 8547].

La falta de citación de alguno de los miembros de la corporación puede llevar aparejada la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados (STS de 3 y 7 de mayo de 2002, BDE 16771 y 15231), independientemente de la no-susceptibilidad de alteración del resultado del Pleno, habida cuenta que esta última circunstancia difícilmente puede evitar que resulten lesionados el derecho fundamental de participación de los electos afectados (artículo 23.1 de la CE) y el valor pluralismo (artículo 1.1 de la CE). Ésta sería, por lo demás, la posición mayoritaria de la doctrina, según pone de relieve M.^a del Pilar Pontón Domínguez en “Régimen de sesiones y acuerdos de los órganos colegiados de la Administración local [...]”, publicado en *Revista de estudios locales*, extra de 2002, *Consejo General de Colegios de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, Madrid*, p. 146.³

4.4. Requisitos para la válida constitución del Pleno y conclusión del mismo

4.4.1. Constitución del Pleno

Conforme a lo señalado en el artículo 46.2.c) de la LRD, para que la sesión pueda celebrarse válidamente, será necesario que se hallen presentes, como mínimo, un tercio del número legal de miembros de la corporación.

Deberán estar presentes, en todo caso, el alcalde y el secretario, o las personas que legalmente les sustituyan.

Obviamente, la condición primaria de concejal que ostenta el alcalde, permite que su presencia compute a los efectos de lo señalado en el primer párrafo de este epígrafe.

Puede ocurrir que, habiéndose iniciado la sesión con la presencia mínima indispensable, uno de los concejales se vea en la tesitura de tener que ausentarse de la sesión por concurrir en su persona una causa de abstención (artículo 76 de la LRD). En este supuesto, tanto Pontón Domínguez (*op. cit.*, p. 149), como *El consultor* (*op. cit.*, p. 540) vienen a sostener que a efectos de quórum el concejal debe contabilizarse como presente, salvo que tras la votación no se reincorpore a la sesión.

Por lo que a las causas de abstención se refiere, cabe señalar que el “interés personal” determinante de tal deber es menester que se traduzca en un “interés privado” (STS) de Extremadura de 12 de mayo de 1998, Aranzadi 2203), no concurriendo la mencionada causa de abstención cuando de lo que se trata es de votar a favor de la dedicación exclusiva al propio cargo, a favor o en contra de una moción de censura, o de pronunciarse sobre disposiciones o instrumentos de alcance general susceptibles de afectar a una pluralidad de vecinos –incluidos todos o algunos de los concejales–, tal como se desprende, entre otras, de la STS de 24 de junio de 1993 (BDE 6206).

De no concurrir el quórum necesario en primera convocatoria, la sesión ordinaria se considerará automáticamente convocada dos días después (artículo 90.2 del ROF).

4.4.2. Publicidad de las sesiones

Las sesiones del Pleno son públicas (artículo 88 del ROF), salvo para aquellos asuntos que puedan afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, si así lo acuerda el Pleno por mayoría absoluta.

El derecho de los vecinos a estar presentes en el salón de sesiones no es un derecho absoluto, y puede verse limitado por el aforo del local, sin perjuicio de la posibilidad de instalar sistemas de megafonía o circuitos cerrados de televisión.

La publicidad de las sesiones debe garantizar el acceso, a éstas, de los medios de comunicación debidamente acreditados.

El alcalde, por otra parte, se halla en disposición de prohibir que concejales o terceras personas puedan grabar el desarrollo de la sesión, con la finalidad de evitar tácticas de intimidación, tal como se desprende de las STS de 18 de diciembre de 1990 (Aranzadi 10407) y de 18 de junio de 1998 (Aranzadi 4771), sin que por ello

3. Trabajo, éste, del que se han extraído algunas de las referencias jurisprudenciales que se citan.

puedan considerarse conculcados el derecho a la información y la publicidad de los debates, que pueden quedar garantizados a través de otros medios –presencia en el salón de sesiones, toma de notas, lectura de las actas, etcétera.

Sin embargo, debe considerarse nula la sesión celebrada cuando el público ha sido ubicado de tal forma que no ha podido ver u observar a los integrantes de la corporación (STS de 21 de noviembre de 1996, Aranzadi 48547).

4.4.3. Conclusión

La sesión deberá respetar el principio de unidad de acto y se procurará que termine en el mismo día de su comienzo. Si éste terminare sin que se hubiesen debatido y resuelto todos los asuntos incluidos en el orden del día, el alcalde podrá levantar la sesión. En este caso, los asuntos no debatidos habrán de incluirse en el orden del día de la siguiente sesión (artículo 87 del ROF).

Pese a ello –y como ya hemos podido ver– no cabe descartar la eventualidad de que la sesión se inicie un día y finalice al siguiente, si tal eventualidad se ha hecho constar en la convocatoria.

Cabe, no obstante, la posibilidad añadida de dar por finalizada la sesión ordinaria a las veinticuatro horas del día de la convocatoria, convocando sobre la marcha sesión extraordinaria y urgente pocos minutos después, con el objeto de resolver los asuntos que no hayan podido ser tratados en la sesión ordinaria. Será preciso, en ese caso, que se hallen presentes todos los concejales –para poder, así, darse por notificados– y que la urgencia se motive debidamente.

Puede darse, eso sí, una tercera posibilidad, consistente en expedir la convocatoria de la sesión ordinaria, añadiendo una convocatoria cautelar de sesión extraordinaria (no urgente) inmediatamente después de la ordinaria, con el objeto de debatir los asuntos que no hayan podido resolverse en esta última.

4.5. Sistema de votación

Por regla general, los acuerdos se adoptan mediante votación ordinaria. Ello no obstante, puede recurrirse a la votación nominal si así lo acuerda el propio Pleno [artículo 46.2.d) de la LRD].

Los concejales pueden votar a favor, en contra o abstenerse.

En caso de empate, se celebrará una segunda y última votación, siendo determinante el voto de calidad del alcalde si en esta segunda votación se reproduce el empate.

En cualquier caso, no cabrá voto de calidad del alcalde en todos aquellos asuntos cuya aprobación se halle sometida a un quórum especial, puesto que este último excluye de raíz las situaciones de empate.

El artículo 197 bis de la LOREG ha introducido algunas peculiaridades en cuanto a la forma y alcance de la votación de los concejales en el seno de una “cuestión de confianza” presentada por el alcalde. Aspecto, éste, que cabe considerar, toda vez que de ninguna norma vigente se desprende o infiere que las cuestiones de confianza no puedan ser debatidas y votadas en una sesión ordinaria del Pleno.

Dicho esto, señalar que el artículo 197 bis.2 de la LOREG prescribe que la votación de las cuestiones de confianza “[...] se efectuará, en todo caso, mediante el sistema nominal de llamamiento público”, precepto, éste, cuya vulneración puede llevar aparejada la nulidad de pleno derecho de lo acordado, siquiera cuando no sea posible dejar constancia en el acta de la sesión del sentido del voto de todos y cada uno de los concejales presentes, pues no en vano ese sentido del voto puede ser relevante a los efectos de la limitación establecida por el artículo 197 bis.8 de la LOREG, según el cual “[...] los concejales que votasen a favor de la aprobación de un asunto al que se hubiese vinculado una cuestión de confianza no podrán firmar una moción de censura contra el alcalde que lo hubiese planteado hasta que transcurra un plazo de seis meses [...]”.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 197 bis.8 de la LOREG establece que “será considerado nulo” el voto en contra emitido por un concejal a propósito de un asunto votado favorablemente por ese mismo concejal durante los seis meses anteriores, en el seno de una cuestión de confianza.

La intención del precepto parece ser la de limitar en estos casos las opciones del concejal a sólo dos: el voto a favor y la abstención, lo que no deja de suscitar dudas de constitucionalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que con ello se puede estar cercenando la libertad política y de participación de los vecinos y de su representante en beneficio de un órgano (el alcalde), cuya legitimidad popular directa se agota en su faceta de concejal.

Cabe, no obstante, otra interpretación del precepto, según la cual, de darse el supuesto de hecho, el voto del concejal sería un auténtico voto en contra, sin perjuicio de que la anulación posterior de los acuerdos pudiese fundarse en la nulidad del mismo.

No obstante, los términos del precepto parecen apuntar a la voluntad del legislador orgánico, de facultar al alcalde –en su calidad de presidente del Pleno–, para apreciar la nulidad del voto del concejal disidente en la propia sesión, al proclamar el resultado de la votación.

4.6. El orden del día

La fijación del orden del día de la sesión constituye una facultad del alcalde (artículo 82.1 del ROF), lo que no significa que esa facultad pueda ejercerse de forma arbitraria o con una libertad total y absoluta.

4.6.1. Aprobación de actas de sesiones anteriores

Para empezar, del artículo 106.3 de la LMC se desprende que uno de los puntos del orden del día (el primero, por pura lógica) de las sesiones ordinarias, deberá ser el destinado a la aprobación de las actas de las sesiones precedentes –ordinarias y extraordinarias–. No se halla, pues, en disposición, el alcalde, de decidir si somete o no a votación del Pleno ordinario, la aprobación de tales documentos.

4.6.2. Expedientes tramitados y propuestas surgidas del propio ayuntamiento

En la parte resolutoria del orden del día del Pleno se incluirán, como es lógico, los expedientes en condiciones de ser sometidos a deliberación y votación [artículo 81.1.a) del ROF].

Sólo podrán incluirse los asuntos previamente dictaminados por las comisiones informativas –salvo que no se hayan constituido, por no ser preceptivas, excepción hecha de la comisión especial de cuentas, que siempre lo será.

Ello no obstante, y por razones de urgencia debidamente motivada, el alcalde podrá incluir en el orden del día un asunto no dictaminado previamente, pero ese asunto no podrá ser deliberado y resuelto si el Pleno no ratifica en primer lugar su inclusión en el orden del día (artículo 82.3 del ROF).

Esa ratificación no está sometida a quórum especial, y la iniciativa puede partir del propio alcalde o responder a la sugerencia de algún portavoz.

Una vez iniciada la sesión ordinaria, el orden del día podrá ampliarse sobre la marcha sin necesidad de dictamen previo de la comisión informativa, si así lo acuerda el Pleno por mayoría absoluta, a propuesta del alcalde, de algún portavoz o de una cuarta parte, como mínimo, del número legal de concejales (artículos 100.3 y 103.2 de la LMC y 51 del TRRL). La ampliación del orden del día sin atender a estos requisitos, llevará aparejada la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados (artículo 83 del ROF).

El alcalde, pues, al finalizar el debate y la votación de los asuntos incluidos en la parte resolutoria del orden del día del Pleno, deberá preguntar si alguien desea promover la adopción de algún acuerdo, previa apreciación de la urgencia, en los términos expuestos a través del párrafo anterior. En cualquier caso, la urgencia deberá ser motivada (STS de 25 de abril de 2002, BDE 12217).

Los asuntos a tratar por el Pleno suelen tener su origen en solicitudes de particulares y en iniciativas del propio equipo de gobierno, pero también pueden obedecer a iniciativas suscritas por concejales de la oposición. Iniciativas, estas últimas, que deberán incorporarse al orden del día cuando cumplan los siguientes requisitos:

a) Estar respaldadas, como mínimo, por un grupo municipal o por tres concejales, o por cualquier concejal de no haberse constituido grupos políticos (artículo 103.1 de la LMC).

b) Haber sido presentadas a través del registro general de la corporación antes de la convocatoria del Pleno y antes, en su caso, de la sesión de la comisión informativa competente –sin perjuicio, claro está, de lo establecido en el artículo 82.3 del ROF.

c) No suponer una invasión de las competencias de otros órganos de la corporación. Ello no obsta para que tales propuestas puedan tener por finalidad expresar el parecer del Pleno sobre cualquier asunto de interés público, aunque la resolución de dicho asunto pueda corresponder a otra Administración o poder público (Alonso Higuera, *op. cit.*, p. 503).

Algunos autores han venido sosteniendo que el alcalde no tiene la obligación de incluir en el orden del día de las sesiones ordinarias las iniciativas de los concejales (*El consultor*, *op. cit.*, pp. 449 y 450), pues en tal caso no tendría sentido que la convocatoria de sesiones extraordinarias a instancias de estos últimos se supeditase al impulso de un número mínimo de miembros del consistorio (la cuarta parte del número legal). Sin embargo, esta tesis hoy en día es difícilmente sostenible si se tienen en cuenta las limitaciones vigentes en cuanto al número máximo de sesiones extraordinarias que los concejales pueden solicitar anualmente, limitación que no rige por lo que respecta a la posibilidad de dirigir propuestas al Pleno ordinario.

Por otro lado, el razonamiento traído a colación debería llevar a los mismos autores a sostener el trámite preceptivo de aquellas propuestas de los electos (dirigidas al Pleno ordinario) que vinieran avaladas al menos por la cuarta parte del número legal de miembros del ayuntamiento.

En Cataluña, no obstante, el artículo 103.1 de la LMC garantiza el derecho a formular propuestas a los grupos políticos o a un mínimo de tres concejales, o a cualquier concejal para el caso de no existir grupos propiamente dichos. Ello no quiere decir que ese derecho pueda ejercerse de forma ilimitada pues, tal como veremos, las propuestas surgidas extramuros del equipo de gobierno por lo común también deberán pasar el filtro de la comisión informativa competente, amén de poder ser excluidas liminarmente del orden del día del Pleno por razones análogas a las que examinaremos más adelante, a propósito de las sesiones extraordinarias convocadas a iniciativa de los concejales.

Las iniciativas de los concejales, cuya finalidad sea la de provocar un acto de control político de los órganos municipales diferentes del Pleno, deberán incluirse en el apartado del orden del día al que nos referiremos seguidamente, habida cuenta que en la parte resoluto-

ria de la convocatoria sólo deberán agruparse aquellas que tengan por objeto incidir en la gestión común o en la adopción de acuerdos con proyección externa (Alonso Higuera, *op. cit.*, pp. 480, 481 y 502).

Como ya hemos apuntado, las iniciativas de los concejales deberán ser sometidas, por regla general, a estudio en la comisión informativa correspondiente, debiendo pasar al orden del día del Pleno la propuesta o el dictamen aprobado por la citada comisión, sin que tal dictamen deba responder necesariamente a la iniciativa mencionada en primer lugar, tal como pone de relieve Serrano Pascual a través del informe emitido sobre este particular, publicado en la revista *Cuadernos de derecho local* n.º 0, pp. 125 a 127, octubre de 2002 (Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid).

Ello no obstante, la iniciativa original podrá someterse a la consideración del Pleno a modo de voto particular o enmienda al dictamen de la comisión informativa.

4.6.3. El control político como apartado específico

Tampoco se halla, el alcalde, en disposición de excluir del orden del día de la sesión el apartado correspondiente al control de los órganos políticos de la corporación.

Según el artículo 46.2.e) de la LRD, este apartado debe presentar sustantividad propia y diferenciada de la parte resolutive, lo que sin duda quiere decir que no es lícito diluir los elementos o los procedimientos en que se puede descomponer el control político, debiendo garantizarse que todos ellos queden agrupados con la finalidad de surtir el efecto propio de estas iniciativas frente a los órganos fiscalizados, pero también frente a la opinión pública, y muy particularmente frente a los vecinos presentes en las sesiones plenarias.

¿Qué aspectos pueden o deben integrar el apartado de control político del que nos habla el artículo 46.2.e) de la LRD?

4.6.4. Dación de cuenta de decretos y acuerdos de la Comisión de Gobierno

Pues, para empezar, es preceptivo que el alcalde dé cuenta, sucintamente, a la corporación, en cada sesión ordinaria del Pleno, de las resoluciones que hubiere adoptado desde la última sesión plenaria ordinaria, para que los concejales conozcan el desarrollo de la administración municipal a efectos de control y fiscalización (artículo 42 del ROF). Y lógicamente, esta previsión debe hacerse extensiva a los acuerdos adoptados por la Comisión de Gobierno y a las resoluciones adoptadas por los concejales delegados, puesto que, de lo contrario, el principio que inspira el contenido del artículo 42 del ROF se vería burlado.

Se trata, por lo demás, de un trámite de fácil cumplimiento si se adopta la prevención de remitir testimonio de tales acuerdos y resoluciones junto con la convocatoria del Pleno, lo que permitirá que este punto del orden del día se sustancie con una simple toma de razón –sin perjuicio, claro está, de ulteriores iniciativas de control que puedan tener su origen en este punto.

Existen pronunciamientos judiciales negando legitimación activa a los concejales –como tales concejales– para impugnar las resoluciones y los acuerdos municipales adoptados al margen del Pleno (STS de la Sala Tercera, Sección Quinta, de 14 de febrero de 2002), pero habría que ver si tales pronunciamientos se darían si el concejal accionante estuviera en condiciones de acreditar que, con motivo de la toma de razón, por el Pleno, de una determinada resolución de la Alcaldía, hizo constar –no su voto en contra, por razones obvias– su disconformidad. Dicho esto con la finalidad de resaltar la importancia que puede tener en otros órdenes el trámite contemplado en el artículo 42 del ROF.

4.6.5. Ruegos y preguntas⁴

Dentro del apartado del orden del día dedicado al control político, deben incluirse –también preceptivamente– dos puntos más, a saber: ruegos y preguntas, siquiera por aparecer expresamente citados en el artículo 46.2.e) de la LRD y por disponerlo así el artículo 82.4 del ROF.

Sobre ruegos y preguntas, de los artículos 102 de la LMC y 97 del ROF se infieren o se desprenden las siguientes pautas:

a) Los ruegos y las preguntas deben estar relacionados con la actuación o los propósitos de actuación de los órganos de gobierno concernidos –pudiendo tener su origen, por ejemplo, en las resoluciones y los acuerdos adoptados por los órganos interpelados–, siendo su objeto, por regla general, materias para las que el Pleno no es competente, pudiendo abarcar, incluso, asuntos de interés local situados en el ámbito competencial de otras administraciones. Debe descartarse, no obstante, la posibilidad de que los ruegos y las preguntas tengan como destinatarios –siquiera directos– a concejales sin responsabilidades de gobierno o a funcionarios de la corporación (Miró Miró, *op. cit.*, pp. 19 a 23).

b) Debe garantizarse un tiempo mínimo para ruegos y preguntas. Tiempo mínimo, pero suficiente, que nada empece para que no se distribuya o compute desde el punto de vista de la igualdad entre todos los concejales, habida cuenta que conforme al artículo 102 de la LMC, éstos aparecen como los destinatarios o titulares princi-

4. Romà MIRÓ MIRÓ, en su ponencia titulada “Instrumentos de control del Gobierno municipal (II): mociones, ruegos y preguntas”, Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de Barcelona,

24 de diciembre de 2000, p. 19, señala que nada obsta para que el punto de ruegos y preguntas también pueda ser objeto de un Pleno extraordinario.

pales de ese derecho, sin perjuicio de su extensión a los grupos como tales en los términos del artículo 97, puntos 6 y 7 del ROF –lo que no impide que, a su vez, en el seno de cada grupo dicho tiempo no pueda ser objeto de una ulterior redistribución, haciendo uso del de todos los concejales el correspondiente portavoz.

c) Los ruegos pueden ser debatidos pero no votados. Y ese debate, en principio, se producirá en la sesión ordinaria siguiente, salvo que sus destinatarios consideren oportuno hacerlo en la misma sesión.

d) Las preguntas formuladas oralmente en la misma sesión deberán responderse en la sesión siguiente, salvo que el interpelado prefiera hacerlo inmediatamente.

e) Si las preguntas han sido formuladas por escrito con una antelación mínima de veinticuatro horas, deberán obtener respuesta en la propia sesión, salvo que el llamado a responder solicite un aplazamiento hasta la sesión siguiente.

f) Si el interpelante solicita que su pregunta sea respondida por escrito, tal respuesta no podrá demorarse más de un mes.

De las consideraciones anteriores se desprende, pues, que en materia de ruegos y preguntas el apartado del orden día dedicado al control político deberá contener siempre los siguientes puntos:

–Formulación de ruegos.

–Formulación de preguntas.

Y eventualmente:

–Debate de los ruegos formulados en la sesión anterior.

–Respuesta a preguntas formuladas en la sesión anterior.

En el ámbito de los ruegos y las preguntas hay que considerar integradas las previsiones contenidas en el artículo 105 del ROF a propósito del requerimiento de presencia e información de concejales que ostenten delegaciones de la Alcaldía.

4.6.6. Mociones

Dentro del apartado de control político, el artículo 46.2.e) de la LRD menciona las “mociones”, de lo que se desprende la necesidad de prever, dentro de este apartado, otro punto bajo el epígrafe citado.

En principio –y dado el origen estatal de la norma–, para fijar el significado del término “moción” deberíamos acudir a las previsiones de los artículos 97.3 y 91.4 del ROF, entendiendo por tal aquella propuesta –oral o escrita– que se somete directamente a conocimiento del Pleno en las sesiones ordinarias, antes de pasar al turno de ruegos y preguntas –tras haber concluido, pues, el examen de los asuntos incluidos expresamente en el orden del día–, y previa declaración de urgencia (motivada) por mayoría absoluta (artículo 100.3 de la LMC y 83 del ROF).

La propuesta –nos dice la normativa mencionada– podrá partir del alcalde, de algún portavoz o de un nú-

mero de concejales no inferior a la cuarta parte del número legal de miembros de la corporación (artículo 100.3 de la LMC), quedando eximida la moción del trámite de dictamen previo por la comisión informativa correspondiente, de darse el caso.

Sin embargo, hay que tener presente que las disposiciones contenidas en los artículos 91.4 y 97.3 del ROF y 100.3 de la LMC vieron la luz muchos años antes de que lo hiciera el actual redactado del artículo 46.2.e) de la LRD, por lo que su significado y su alcance puede no ser coincidente con el de este último.

Para empezar, los artículos 91.4 y 97.3 del ROF y 100.3 de la LMC constituyen la excepción de la regla que prohíbe que en las sesiones ordinarias se adopten acuerdos no incluidos en el orden del día fijado previamente (artículo 100.3 de la LMC y artículo 83 del ROF).

Además, se trata de preceptos dirigidos –no exclusivamente, pero sí esencialmente– a hacer posible la adopción de acuerdos en sentido propio, es decir, a resolver asuntos. Por el contrario, las “mociones” a las que se refiere el artículo 46.2.e) de la LRD se inscriben –conviene no olvidarlo– dentro de un apartado dotado de “sustantividad propia”, diferenciado de la “parte resolutoria” del orden del día, y cuyo fin es el de facilitar el “control” de los restantes órganos de gobierno de la corporación –el control político, entiéndase–, noción ésta –la de control– que puede abarcar incluso el “impulso político” de la acción de gobierno en un determinado sentido (Alonso Higuera, *op. cit.*, p. 503).

Si de lo que se trata es de hacer viable el control político del equipo de gobierno, restringir el alcance de la expresión “moción” del artículo 46.2.e) de la LRD al significado que de tal expresión cabe inferir del artículo 97.3 del ROF –aún aquilatándolo con las previsiones del artículo 100.3 de la LMC–, es tanto como hacer inviable de raíz ese mecanismo de contrapeso político que tan necesario es para preservar la salud y la pureza del sistema, máxime quedando supeditada la admisión a trámite de las mociones a la apreciación de su urgencia por mayoría absoluta. Mayoría absoluta que, salvo contadas excepciones, sólo será posible obtener con la aquiescencia de los que van a ser objeto de control y, en su caso, censura.

La necesidad de interpretar las normas que hemos analizado en congruencia con las previsiones vigentes debe llevarnos a concluir que el término “moción” manejado por el artículo 46.2.e) de la LRD está dotado de un sentido más amplio del que cabría inferir de los artículos 91.4 y 97.3 del ROF, y 100.3 de la LMC, debiendo, en realidad, descomponerse en dos subapartados:

–Mociones de control suscritas con anterioridad a la convocatoria, incluidas específicamente en el orden del día y tramitadas conforme a los requisitos comunes a cualquier propuesta dirigida al Pleno.

–Mociones de control de carácter urgente, que sólo podrán ser debatidas y votadas en los términos de los artículos 100.3 de la LMC y 91.4 y 97.3 del ROF.

En ambos casos, el contenido de las mociones deberá ser congruente con los contornos que circunscriben ese apartado del Pleno reservado al control político interno, quedando excluidas, pues, las mociones dirigidas a la adopción de acuerdos de otra naturaleza –incluyéndose, entre estos últimos, los de carácter exclusivamente político o institucional.

Las propuestas o las mociones que no tengan cabida en el apartado del orden del día dedicado al control político interno deberán incluirse, como ya hemos visto, en el otro apartado del orden del día (denominado por la LRL “parte resolutoria”), ya sea a través de los cauces ordinarios, ya sea previa declaración de urgencia apreciada en la propia sesión, en los términos señalados por los artículos 100.3 y 103.2.2 de la LMC y 97.4 y concordantes del ROF.

En otro orden de cosas, debiéramos preguntarnos si las mociones de control de carácter no urgente deben ser sometidas, antes de su inclusión en el orden del día, al dictamen de alguna comisión informativa (en aquellos ayuntamientos, claro está, en que tales comisiones sean preceptivas por ministerio de la ley o por decisión del propio ayuntamiento).

A primera vista, parecería que se impone una respuesta positiva dados los términos del artículo 20.1.c) de la LRD, toda vez que no faltan autores que vienen a sostener que el trámite de la comisión informativa sólo podría soslayarse previa apreciación de la urgencia por el propio Pleno (Alonso Higuera, *op. cit.*, p. 502).

Según el artículo 20.1.c) de la LRD, uno de los cometidos de las comisiones de estudio es, justamente, el de realizar un seguimiento de la gestión del alcalde, de la Comisión de Gobierno y de los concejales delegados, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al Pleno.

Sin embargo, del tenor literal de esa norma no puede extraerse la conclusión de que las mociones de control de la oposición no podrán ser sometidas a debate y votación del Pleno si no han sido asumidas mayoritariamente en el seno de una comisión informativa, porque ello sería tanto como dejar en manos de la mayoría la virtualidad de un mecanismo de control de nuevo cuño [artículo 46.2.e) de la LRD] destinado a proteger a las minorías, e instituido con la clara intención de permitir el acceso, al Pleno, de las mociones de control suscritas por la oposición municipal. Y con mayor razón si se tiene en cuenta que las sesiones de las comisiones informativas no son públicas y, por lo tanto, no tienen ni pueden tener la misma repercusión social que las sesiones del Pleno del ayuntamiento.

En consecuencia, la interpretación que se juzga más atinada del artículo 20.1.c) de la LRD es la que llevará a

concluir que las mociones de control dirigidas a las sesiones ordinarias del Pleno se hallan eximidas del trámite de dictamen previo por parte de las comisiones informativas, respondiendo, la mención que hace el citado artículo 20.1.c) de la LRD, al seguimiento –por las comisiones de estudio– de los órganos de gobierno del municipio, a un sistema de control diferente y concurrente con el previsto en el artículo 46.2.e) de la LRD.

En la peor de las hipótesis habría que concluir que lo máximo que puede imponer el redactado del artículo 20.1.c) de la LRD es una toma de razón de las mociones de control en ciernes –por parte de la comisión informativa competente–, sin supeditar su inclusión posterior en el orden del día de la sesión ordinaria del Pleno al visto bueno de la mayoría de los integrantes de la comisión de estudio.

Podría argumentarse en contra que el contenido originario de la moción podría someterse a la consideración del Pleno a título de voto particular o enmienda al dictamen de la comisión de estudio, pero eso sería tanto como dejar a la libre disposición de la mayoría objeto de control, la efectiva plasmación de los fines que anidan en el redactado del artículo 46.2.e) de la LRD, haciendo inoperantes las facultades de control y fiscalización del Pleno.

Otra cuestión es la de armonizar el derecho de la minoría a promover mociones de control con otros bienes o valores constitucionalmente protegidos, como podría ser el caso del principio de eficacia, así como el del derecho de la mayoría a no ver obstruido por la minoría el funcionamiento regular y adecuado de los órganos llamados a resolver los asuntos vinculados al interés general o colectivo. A dicho fin, no parece descabellado adoptar las prevenciones necesarias con el fin de limitar razonablemente el número de mociones de control (Alonso Higuera, *op. cit.*, p. 504).

Cabría preguntarse si las cuestiones de confianza que se canalicen a través de las sesiones ordinarias del Pleno debieran incluirse –o no– en el apartado del orden del día dedicado al control político de los restantes órganos de la corporación.

Un entendimiento correcto de la expresión “control político” no admitiría tal interpretación, toda vez que la iniciativa de la cuestión de confianza corresponde exclusivamente al alcalde, que la promoverá, en su caso, con la finalidad de reforzar su posición, vinculándola a la aprobación de acuerdos sobre asuntos de competencia municipal que, aisladamente considerados, deberían aparecer enumerados en el apartado “resolutorio” del orden del día del Pleno.

En otro orden de cosas, cabe señalar que el control político al que hace referencia el artículo 46.2.e) de la LRD no puede traducirse en mecanismos susceptibles de llevar aparejada la destitución del alcalde a través de una moción de censura, pues es preceptivo que ésta se

debata y se resuelva en una sesión extraordinaria específica, según se infiere de la regulación contenida en el artículo 197 de la LOREG, y según prescriben expresamente los artículos 110.1.b) de la LMC y 107.1 del ROF.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, el carácter abierto del término “moción” *ex* artículo 46.2.e) de la LRD y los fines y los valores a que se halla supeditada esta modalidad de control político impiden restringir su significado, debiendo encauzarse a su través cualquier iniciativa que vaya dirigida a obtener un pronunciamiento político del Pleno, a propósito de la gestión realizada por los restantes órganos de la corporación, pudiéndose citar, a modo de ejemplo, las mociones de reprobación –jurídicamente no vinculantes–, o las iniciativas de impulso político.

4.6.7. El control político de la Comisión de Gobierno

El control al que estamos haciendo alusión, también puede traducirse en la fiscalización política de la gestión llevada a cabo por la Comisión de Gobierno, pues, aunque el artículo 106 del ROF preveía que tal control se llevara a cabo a través de una sesión extraordinaria del Pleno, el artículo 46.2.e) de la LRD ofrece cobertura más que suficiente para incluir dicho punto en el orden del día de las sesiones ordinarias –sin perjuicio, claro está, de que el control de la Comisión de Gobierno pueda seguir articulándose a través de sesiones extraordinarias, convocadas de acuerdo con los requisitos generales que rigen para estas últimas.

Conforme a lo previsto en el artículo 106 del ROF, el control plenario de la gestión llevada a cabo por la Comisión de Gobierno puede descomponerse en los siguientes momentos:

- 1.º) Explicación de la propuesta por su promotor.
- 2.º) Respuesta de un representante de la Comisión de Gobierno.
- 3.º) Réplica del promotor de la propuesta.
- 4.º) Contrarréplica del representante de la Comisión de Gobierno.
- 5.º) Preguntas formuladas por los demás grupos políticos, que serán contestadas por el concejal representante de la Comisión de Gobierno.
- 6.º) Presentación, en su caso, por el promotor de la iniciativa, de una moción para que el Pleno manifieste su parecer sobre la gestión llevada a cabo por la Comisión de Gobierno.
- 7.º) En su caso, admisión a trámite de la moción, para su inclusión en el orden del día de la siguiente sesión plenaria, ordinaria (apartado de control político) o extraordinaria.

Ello no obstante, la STS de 28 de marzo de 2001 (BDED 8855) puntualiza que cuando lo que se pretende (por la oposición) no es fiscalizar la labor de conjunto de la Comisión de Gobierno, sino actuaciones concretas y

específicas desarrolladas por esta última, cabe prescindir del procedimiento formalizado establecido por el artículo 106 del ROF, siendo posible, en ese caso, promover directamente una sesión extraordinaria del Pleno conforme a los requisitos señalados por el artículo 46.2.a) de la LRD.

Como es comprensible, las modalidades de control político no tienen por qué agostarse en las expuestas hasta ahora, toda vez que el Reglamento orgánico municipal (ROM) puede contemplar o completar la panorámica expuesta a través de otras técnicas u otros modos de fiscalización política del equipo de gobierno, respetando, en todo caso, las normas imperativas de rango superior.

4.7. Debate y votación

Como es lógico, antes de someterlos a votación, los asuntos deben ser objeto de debate, salvo que nadie solicite la palabra (artículo 104.1 de la LMC).

El debate podrá desarrollarse a grandes rasgos siguiendo las siguientes pautas (artículos 93 y 94 del ROF):

- a) Lectura de la propuesta.
- b) Defensa de la propuesta por un concejal que represente a los que la promueven.
- c) Primer turno de intervenciones abierto a todos los grupos [artículo 94.1.c) del ROF] y concejales (artículo 104.3 de la LMC), pues, tal como señalara la Audiencia Territorial de Burgos a través de su Sentencia de 17 de febrero de 1988, el espíritu de las normas de aplicación al caso obliga a hacer extensivo el derecho de los portavoces a todos los concejales, por la misma razón por la que éstos –individualmente considerados– pueden hacer observaciones al acta, solicitar la retirada de expedientes, formular ruegos y preguntas y ausentarse de los debates y las votaciones si se consideran afectados por una causa de abstención.
- d) Segundo turno de intervenciones si así se solicita.
- e) Votación (o votaciones) y proclamación del resultado.

La duración de las intervenciones podrá limitarse razonablemente, pero deberá garantizarse que todas ellas tengan la misma duración. En este sentido, no estará de más traer a colación la STS (Sala Tercera, Sección Séptima) de 4 de diciembre de 2000, que declaró improcedente la limitación a un minuto de las intervenciones de los concejales.

El mencionado criterio de igualdad puede satisfacerse de modos diferentes; por ejemplo, asignando un tiempo igual a todos y cada uno de los concejales, con la posibilidad añadida de acumularlo en el portavoz de cada grupo. Y ello sin perjuicio de atribuir –de darse el caso– a cada concejal no adscrito un periodo de tiempo proporcional.

La existencia de concejales no adscritos obligará, no obstante, a fijar un tiempo mínimo razonable, que tome en consideración tal situación al objeto de que el derecho esos concejales a participar en la sesión, no quede injustamente cercenado.

Los asuntos deben debatirse y votarse siguiendo el orden establecido a través del orden del día (artículo 91.2 del ROF). Ello no obstante, el alcalde podrá alterar ese orden sobre la marcha o retirar un asunto del orden del día, cuando su aprobación exija una mayoría especial y ésta no pueda obtenerse en el momento previsto inicialmente (artículo 91.3 del ROF).

Si las propuestas dictaminadas por las comisiones informativas han sido objeto de votos particulares en el seno de aquéllas, o bien han sido objeto de enmiendas formuladas por los restantes miembros de la corporación antes de que los asuntos hayan sido sometidos a debate y votación por el Pleno (artículo 101.1 de la LMC), tanto los unos como las otras deberán ser objeto de debate y votación antes de pasar, en su caso, a debatir y votar la propuesta principal (artículo 104.2 de la LMC).

Todos los concejales tienen derecho a intervenir en los debates de conformidad con las reglas adoptadas al efecto (artículo 104.3 de la LMC), correspondiendo al alcalde las facultades de ordenación y dirección de tales debates, así como decidir la procedencia de las intervenciones solicitadas para rectificar o por alusiones (artículo 104.4 de la LMC).

Cualquier concejal podrá solicitar la retirada de algún expediente que se juzgue incompleto o que un determinado asunto quede sobre la mesa, en cuyo caso tal propuesta deberá ser resuelta antes, en su caso, que el asunto aludido (artículo 92.1 del ROF).

Sólo en las sesiones ordinarias (artículo 91.4 del ROF) deberá el alcalde, al concluir el examen de los asuntos enumerados en el orden del día –tanto de la parte resolutoria como de la de control político– preguntar si los grupos o un número suficiente de concejales desean formular propuestas por el trámite de urgencia. En este mismo supuesto, el secretario o el interventor podrán solicitar que el asunto quede sobre la mesa si su informe es preceptivo y no se hallan en condiciones de emitirlo en el acto (artículo 92.2 del ROF), dejando constancia en acta de lo que acontezca.

La posibilidad de que los informes preceptivos de los habilitados nacionales puedan ser emitidos *in voce* se halla reconocida por la STS de 25 de marzo de 1998 (Aranzadi 2475).

Se consideran aprobadas por asentimiento las propuestas de acuerdo si, una vez anunciadas, no suscitan oposición alguna (artículo 105.1 de la LMC). En caso contrario de procederse a la votación –ordinaria o, en su caso, nominal–.

Tras la votación de cada asunto los grupos o los que no hayan intervenido en el debate podrán tomar la pala-

bra para explicar su voto, correspondiendo el mismo derecho a los concejales que hayan votado en un sentido diferente al de su grupo de adscripción (artículo 105.2 de la LMC), lo que sin duda beneficiará en este caso a los concejales no adscritos.

Más allá de las pautas anteriores, hay que tener presente el derecho de los concejales a intervenir por alusiones [artículo 94.1.d) del ROF] y a formular cuestiones de orden en cualquier momento, resolviéndolas el alcalde sin previo debate (artículo 94.2 del ROF).

También pueden tomar la palabra los funcionarios responsables de Secretaría e Intervención (artículo 94.3 del ROF) si su asesoramiento es requerido sobre la marcha por el alcalde. En cualquier caso, si la complejidad del asunto lo impide, podrán excusarse, pues no en vano la normativa vigente (artículo 163 de la LMC) prescribe que tal informe debe interesarse con la antelación suficiente; prescripción, ésta, que también rige para el caso de los informes solicitados por un tercio, al menos, de los concejales.

Podrán, eso sí, los funcionarios aludidos, sugerir que el asunto quede sobre la mesa hasta la sesión siguiente.

Si dichos funcionarios consideran, por propia iniciativa, que algún asunto ofrece dudas en cuanto a su legalidad, podrán intervenir sólo si el alcalde les concede la correspondiente autorización (artículo 94.3 del ROF).

En cuanto a las facultades de policía del alcalde, hay que tener presente que éste puede expulsar del salón de sesiones a aquellos concejales que sean llamados al orden tres veces, con advertencia de expulsión en la segunda, si su conducta incurre en alguno de los supuestos límite contemplados en el artículo 95 del ROF. Se trata de una potestad que el alcalde debe ejercitar con mesura, puesto que una expulsión indebida puede desembocar en la nulidad de la sesión [STS] de Andalucía-Granada, de 16 de marzo de 1998 (BDED 4849)].

El alcalde puede obrar del mismo modo con el público presente.

En cuanto a las votaciones, es preciso tomar en consideración las pautas siguientes:

a) Una vez iniciadas no pueden interrumpirse por ningún motivo (artículo 98.3 del ROF), sin que nadie pueda intervenir, ausentarse o acceder al salón de sesiones.

b) Al finalizar la votación ordinaria el alcalde deberá declarar formalmente lo acordado (artículo 98.4 del ROF).

c) En caso de votación nominal, será el secretario quien compute los sufragios y anuncie el resultado (artículo 98.5 del ROF), proclamando el alcalde, acto seguido, lo acordado.

d) Por regla general, las votaciones serán ordinarias (artículo 102.1 del ROF).

e) Serán preceptivamente nominales las votaciones de las cuestiones de confianza.

f) La votación nominal podrá hacerse extensiva a cual-

quier asunto si así lo acuerda el Pleno por mayoría simple a propuesta de algún grupo (artículo 102.2 del ROF).

g) En las sesiones ordinarias no cabrá en principio votación secreta, habida cuenta que la elección y la destitución de alcalde se encuentra deferida normativamente a una sesión extraordinaria [artículo 40.5 del ROF y artículo 110.1.b) de la LMC]. Sin embargo, no puede excluirse de raíz que la votación secreta prevista en el artículo 102.3 del ROF pueda aplicarse por decisión del Pleno a la eventual provisión o la remoción de otros cargos.

4.8. Participación vecinal

Sin perjuicio de lo que pueda establecer al respecto el ROM, el artículo 228 del ROF garantiza el derecho de las asociaciones vecinales o las entidades cívicas interesadas, a intervenir en las sesiones plenarias, antes de la lectura, el debate y la votación del correspondiente asunto, pudiendo, a su vez, ser convocados los vecinos autores de iniciativas tramitadas, con el objeto de defenderlas ante el Pleno (artículo 231.3 del ROF).

Asimismo, una vez finalizada la sesión, el alcalde puede establecer un turno de ruegos y preguntas dirigido al público asistente, sobre temas concretos de interés municipal. Conviene insistir en que nos hallamos ante un turno que, en su caso, se desarrollará extramuros de la sesión concluida, no siendo, pues, preceptiva, la presencia del secretario.

Los mecanismos de participación señalados anteriormente no deben asociarse necesaria o exclusivamente a las sesiones ordinarias. En cualquier caso, se trata de mecanismos necesitados de un requisito previo como es la publicidad de las sesiones (artículo 70.1 de la LRD), publicidad que a su vez debe venir precedida de la difusión, con la suficiente antelación, de la convocatoria y el orden del día a través del tablón de edictos y, en su caso, de la prensa local.

Sólo podrán ser secretos el debate y la votación de aquellos asuntos en que se halle comprometido el derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la CE (artículo 70.1 de la LRD), previo acuerdo plenario adoptado por mayoría absoluta.

5. Sesiones extraordinarias urgentes

Las particularidades de estas sesiones podemos cifrarlas de la siguiente manera:

5.1. Iniciativa

La iniciativa, por regla general, corresponderá al alcalde [artículo 46.2.a) de la LRD], lo que no será obstáculo –siquiera en teoría– para que éste convoque

sesión extraordinaria urgente asumiendo –potestativamente– una iniciativa proveniente de los concejales. En caso contrario, la iniciativa de estos últimos, aun siendo preceptiva, podrá demorarse hasta quince e incluso veinticinco días hábiles [artículo 46.2.a) de la LRD].

5.2. Antelación mínima

No será necesario convocar tales sesiones con una antelación mínima [artículo 46.2.b) de la LRD], siendo incluso lícita la convocatoria inmediata de hallarse todos los concejales presentes (*El consultor*, *op. cit.*, pp. 443 y 444), siempre y cuando la naturaleza del asunto lo permita y el tiempo que medie entre la convocatoria y la celebración de la sesión no sea tan perentorio que frustre la efectividad de los derechos de información y participación de los concejales (STS de 8 de octubre de 1986 y de 20 de mayo de 1988, Aranzadi 4670 y 4481, respectivamente).

De hecho, el carácter urgente de estas sesiones está íntimamente ligado a la ausencia de la antelación mínima ordinaria, porque de ser posible tal antelación, la sesión podría convocarse con carácter no urgente (artículo 79 del ROF).

Ello no obstante, la primera decisión que deberá adoptar el Pleno será la de ratificar la convocatoria urgente por mayoría simple, debiendo motivarse y fundarse la convocatoria en la imposibilidad de demorar por más tiempo la resolución del asunto (artículos 79 y 80.1 del ROF).

Es importante que la urgencia se funde en motivos reales y de cierta entidad; pues de lo contrario la existencia de una mayoría –incluso cualificada– a favor de la ratificación de la convocatoria no evitaría la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados; pues no debe perderse de vista que el abuso de las sesiones extraordinarias urgentes es susceptible de lesionar de forma insubsanable el derecho de la oposición a participar en la toma de decisiones con tiempo suficiente como para ilustrarse debidamente del contenido y el alcance de los acuerdos en proyecto. Y ello sin añadir el menoscabo que tal género de abusos podría ocasionar en relación con la publicidad general y vecinal de las sesiones plenarias.

Sobre este particular existe una casuística importante.

Tenemos, por ejemplo, la STSJ de Andalucía-Málaga, de 22 de noviembre de 1999 (BDED 45249), que declaró la nulidad de un Pleno extraordinario y urgente convocado sin fundamentar debidamente tal urgencia, con una hora de antelación, no pudiendo ser encontrados varios concejales. Y en esta misma dirección, la STSJ de Cantabria, de 8 de junio de 2000 (BDED 26670), puso de manifiesto la necesidad de justificar la urgencia de las sesiones extraordinarias convocadas con tal carácter,

considerando motivo plausible la considerable acumulación de asuntos pendientes cuya demora fuera susceptible de traducirse en perjuicios para el interés municipal.

La STS de 25 de junio de 2001 (BDED 32488) declaró la nulidad de un Pleno extraordinario celebrado sin respetar los plazos mínimos de convocatoria y sin estar a disposición de los concejales la documentación necesaria.

Por su parte, la STS de 1 de marzo de 2000 (ponente: Soto Vázquez) puso de relieve que la urgencia constituye un concepto jurídico indeterminado susceptible de control judicial, debiendo tratarse de una urgencia real, para añadir que, ello no obstante, la falta de justificación objetiva de la urgencia no tiene por qué traducirse en la anulación de la convocatoria si tal irregularidad no es susceptible de influir en el resultado de las votaciones y no han sido conculcados los derechos de asistencia, información y participación de los concejales.

Por su parte, la STSJ de Andalucía-Málaga, de 19 de mayo de 2000 (BDED 55503), vino a señalar que los concejales que, pudiendo, no han asistido a una sesión plenaria extraordinaria y urgente votando en contra, no pueden luego pretender impugnar la convocatoria.

5.3. Limitación de asuntos a tratar

Sólo podrán ser tratados los asuntos incluidos en el orden del día, siendo nulos los adoptados contraviniendo esta limitación (artículos 100.4 de la LMC y 83 del ROF).

6. Sesiones extraordinarias no urgentes ajenas a la elección o destitución de personas

6.1. Iniciativa

La iniciativa de estas sesiones corresponde al alcalde. Pero también a los concejales, siempre y cuando la solicitud de convocatoria la suscriban cuando menos la cuarta parte del número legal de miembros de la corporación.

En cualquier caso, ningún concejal podrá suscribir más de tres solicitudes anualmente [artículo 46.2.a) de la LRD] y éstas deberán formularse por escrito, razonando el asunto o los asuntos que las motiven (artículo 78.2 del ROF).

Según la revista *El consultor de los ayuntamientos y los juzgados* (n.º 7, de 15 de abril de 2000, consulta 96), el límite anual mencionado anteriormente deberá computarse desde la fecha de inicio del mandato, siendo –en otro orden de cosas– subsanable la omisión de la justificación o el razonamiento de la petición de convocatoria (*El consultor, op. cit.*, p. 412, y STS de 29 de abril de 1992).

Según algunos autores (*El consultor, op. cit.*, p. 411), la solicitud deberá ser firmada por todos los concejales –y, al menos, por la cuarta parte del número legal–, sin que sea lícito sustituir tal requisito por la firma de un portavoz.

En cualquier caso, el alcalde no podrá incluir los puntos a tratar en el orden del día de una sesión ordinaria o de una extraordinaria con más asuntos, salvo autorización expresa de los interesados.

6.2. Convocatoria

Cuando la iniciativa parta de los concejales, el alcalde deberá expedir la convocatoria con la antelación suficiente [artículo 46.2.b) de la LRD], sin que pueda demorarse la celebración de la sesión más de quince días hábiles a contar desde la solicitud [artículo 46.2.a) de la LMC].

6.3. Omisión de la convocatoria

Si el alcalde no convoca la sesión dentro de los quince días hábiles indicados anteriormente, la misma se considerará convocada automáticamente a las doce horas del décimo día hábil siguiente al de la expiración del plazo mencionado en primer lugar, lo que será notificado por el secretario de la corporación a todos los miembros de la misma el decimosexto día hábil a contar desde la solicitud de convocatoria [artículo 46.2.a) de la LRD].

En ausencia del alcalde o de quien legalmente le sustituya, el Pleno quedará válidamente constituido siempre que concurran, como mínimo, un tercio del número legal de concejales y en todo caso un mínimo de tres y se halle presente el secretario, presidiendo la sesión –en defecto del alcalde– el concejal de mayor edad entre los presentes.

6.4. Denegación de la convocatoria

La convocatoria automática mencionada anteriormente no surtirá efectos si antes de transcurrir el plazo de que dispone el secretario para notificar la convocatoria automática, el alcalde deniega expresamente la convocatoria, en cuyo caso los concejales interesados no tendrán más remedio que emprender las acciones judiciales que sean pertinentes.

Puede ocurrir, sin embargo, que esa denegación se produzca tras haberse expedido la notificación de la convocatoria automática, en cuyo caso es más que dudoso que tal resolución pueda evitar la celebración del Pleno extraordinario. Máxime hallándose el alcalde en disposición de asistir a la sesión promoviendo el rechazo de los acuerdos en proyecto de contar, claro está, con una mayoría suficiente. Mayoría que, de faltarle, supondría una merma de legitimidad de cualquier intento de evitar la celebración del Pleno frente a una

eventual decisión democráticamente adoptada, aunque contraria a sus intereses.

6.5. El orden del día

Cuando la iniciativa de la convocatoria parte del alcalde, el orden del día es fijado por éste sin mayores problemas.

Los conflictos suelen presentarse cuando la iniciativa de la convocatoria ha partido de los concejales de la oposición. En estos casos hay que tener presentes las siguientes reglas:

a) El aludido derecho de los concejales es de índole fundamental (artículo 23.2 de la Constitución), lo que obliga a interpretar su regulación de forma generosa, acogiendo a la exégesis de las leyes más favorable para las minorías destinatarias de ese cauce de participación.

b) Ello no obstante, no nos hallamos ante un derecho fundamental absoluto –ninguno lo es–, y puede verse limitado si se pretende abusar del mismo en perjuicio de los derechos de los otros electos, o en perjuicio de otros bienes o valores constitucionalmente protegidos. Ello no obstante, tales limitaciones deberán ser interpretadas de forma restrictiva.

c) La facultad del alcalde de fijar discrecionalmente el orden del día de las sesiones (artículo 82.1 del ROF) debe ceder, pues, en estos casos, frente al derecho de los concejales promotores de la sesión extraordinaria a que ésta se celebre en los términos interesados, máxime contemplando el artículo 46.2.a) de la LRD una importante limitación en cuanto al número de sesiones extraordinarias del Pleno susceptibles de ser promovidas por los electos.

d) El alcalde puede, no obstante, excluir excepcionalmente determinados puntos –o denegar la convocatoria si la exclusión afecta a todos los puntos propuestos– cuando esté en condiciones de invocar motivos ajenos al principio de oportunidad política, tales como por ejemplo:

–Defectos insubsanables de la solicitud, o haber agotado los concejales proponentes el número máximo de sesiones anuales peticionables.

–Haberse pronunciado la corporación recientemente sobre el mismo asunto [ver la STS de 12 de junio de 1991, Aranzadi 5047, que consideró un abuso de derecho la solicitud de sesión extraordinaria formulada por concejales de la oposición, con el objeto de debatir un asunto resuelto en la última sesión ordinaria. En el mismo sentido, la STS de 9 de diciembre de 2000 (BDED 50166)].

–Ser, la propuesta, claramente constitutiva de delito o falta.

–Corresponder, la adopción del acuerdo, de forma manifiesta, a otro poder público, salvo que de lo que se trate sea simplemente de elevar peticiones a terceras

instancias, o de manifestar el parecer del ayuntamiento sobre un asunto que puede afectar a los intereses del municipio.

–Tratarse de un asunto cuya competencia corresponda a otro órgano de la corporación, salvo que lo que se pretenda sea debatir la gestión de ese órgano a efectos de mero control (Alonso Higuera, *op. cit.*, pp. 473 y 474).

También sobre este particular existe una importante casuística.

La STSJ de Canarias (Las Palmas), de 4 de junio de 1999 (BDED 28370), señala la procedencia de convocar la sesión para tratar de la discusión habida entre un concejal y funcionarios de la Policía Local.

En el mismo sentido, la STS de 27 de mayo de 1999 (DE 10529) nos recuerda la viabilidad de estas sesiones extraordinarias con el objeto de poder debatir la gestión de un concejal delegado en la junta de una residencia para la tercera edad.

Por su parte, la STSJ de Asturias, de 12 de marzo de 1999 (BDED 7952), pone de relieve las mismas consideraciones por lo que respecta a un debate sobre las consecuencias derivadas del cierre de una fábrica de armas, y la STSJ de La Rioja, de 5 de diciembre de 1997 (BDED 18175), hace otro tanto en relación con un debate sobre la ejecutoria del Consejo Escolar.

A su vez, la STS de 5 de abril de 2000 (Aranzadi 4016), pone de manifiesto que pueden ser rechazadas las peticiones de convocatoria de Pleno extraordinario que se refieran a cuestiones inconcretas, las que persigan la emisión de informes genéricos, o las que puedan dar lugar a un uso abusivo o antisocial del derecho aludido, siendo procedentes, en cambio, cuando persigan, por ejemplo, un debate sobre la política de contratación de personal del equipo de gobierno.

Más dudosa es la posibilidad de denegar la convocatoria o excluir determinados puntos del orden del día por motivos de mera legalidad, o por motivos de legalidad no cualificados ni manifiestos, siendo, en estos casos, mucho más correcto convocar la sesión, advirtiendo, en la misma, la responsabilidad que podrían contraer los promotores y los sustentadores del acuerdo (*El consultor, op. cit.*, pp. 415 y 416).

Dado el sentido y el alcance del artículo 46.2.a) de la LRD, no será obstáculo para la convocatoria el hecho de que el asunto no haya sido o no pueda ser dictaminado previamente por la comisión informativa competente.

6.6. Especialidades

Dentro del apartado dedicado a las sesiones extraordinarias ajenas a la elección y la destitución de personas, merece ser destacada la especialidad que suponen las siguientes sesiones extraordinarias:

6.6.1. Sesión de cierre de actas

Es la que debe celebrarse tras las elecciones municipales, el tercer día anterior a la fecha de constitución de la nueva corporación, a los solos efectos de aprobar las actas pendientes de dicho trámite (artículo 36.1 del ROF).

6.6.2. Sesión constitutiva de la nueva corporación y de la elección de alcalde

Es la que debe celebrarse el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones –salvo que medie recurso contencioso-electoral– a los efectos de dar posesión de sus cargos a los concejales, declarar constituida la nueva corporación y elegir alcalde. Todo ello conforme a lo señalado en los artículos 108.8, 195 y 196 de la LOREG y 37 y 40.2 del ROF, previéndose, incluso, un quórum de asistencia de la mayoría absoluta en primera convocatoria, sin previsión de número mínimo de concejales presentes en la segunda, aunque hay que considerar que es necesaria la asistencia del secretario y de al menos un concejal.

La toma de posesión de los concejales, previo juramento o promesa, deberá venir precedida de la presentación por los mismos de las correspondientes declaraciones ante el Registro de Intereses (artículo 75.7 de la LRD), declaraciones sin las cuales no podrán adquirir la “condición plena” de miembros de la corporación (artículo 108.8 de la LOREG y 75.7 de la LRD).

6.6.3. Sesión de estructuración básica de la corporación

Se trata de la sesión o las sesiones que el alcalde electo debe convocar conforme a lo señalado en el artículo 38 del ROF, con el objeto de establecer la periodicidad de las sesiones ordinarias del Pleno; instituir las comisiones informativas, en su caso; nombrar representantes de la corporación en órganos colegiados que sean de la competencia del Pleno; dar cuenta de los nombramientos de tenientes de alcalde, concejales delegados, miembros de la Comisión de Gobierno, en su caso, y presidentes de las comisiones informativas, también en su caso, así como para dejar constancia de los grupos políticos constituidos (artículo 25 del ROF).

7. Sesiones extraordinarias no urgentes para la elección o destitución de personas

7.1. La elección de alcalde tras la celebración de elecciones locales

Se trata de una convocatoria singular cuyos pormenores aparecen regulados en el artículo 196 de la LOREG –a los que nos remitimos.

7.2. La elección de alcalde tras quedar vacante el cargo

Se trata de una convocatoria extraordinaria regulada en los artículos 198 de la LOREG y 40.5 del ROF, cuya sesión debe resolverse conforme al procedimiento detallado en el artículo 196 de la LOREG, con las peculiaridades establecidas en los artículos 197 bis.4 y 198 de la misma ley, toda vez que:

a) Se considerará que encabeza la lista en que figura el alcalde cesante el siguiente de la misma, a no ser que renuncie a la candidatura.

b) El alcalde cesante, tras fracasar una cuestión de confianza ajena a los presupuestos, quedará excluido a todos los efectos de la cabeza de lista correspondiente. El Pleno extraordinario de elección de nuevo alcalde quedará convocado automáticamente a las doce horas del décimo día hábil siguiente al de la votación de la cuestión de confianza.

c) El concejal que haya abandonado la candidatura o la lista por la cual fue elegido, pasando a otro grupo o permaneciendo como concejal no adscrito, no podrá ostentar la condición de cabeza de lista (STC 185/1993, de 31 de mayo).

7.3. Pleno extraordinario para el debate y la votación de la moción de censura contra el alcalde

La regulación peculiar de este Pleno extraordinario hay que buscarla en los artículos 197 y 197 bis.7 de la LOREG, 110 de la LMC y 40.6 del ROF.

7.3.1. Iniciativa

La iniciativa de la convocatoria deberán ejercerla un número de concejales no inferior a la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, sin que, a tales efectos, pueda aplicarse la limitación del número de sesiones extraordinarias contemplada en el artículo 46.2.a) de la LRD –tres al año cada concejal–, pues ello iría contra el espíritu de las especialidades establecidas para el caso a través de la LOREG, especialidades que, como tales, deben prevalecer frente al régimen general establecido a través de la LRL.

Sí que debe estarse, en cambio, a la limitación establecida por la propia LOREG a través de su artículo 197.2, según el cual ningún concejal puede firmar durante su mandato más de una moción de censura, sin que puedan tomarse en consideración, como es lógico, las mociones que no hubieran sido admitidas a trámite por no reunir alguno de los requisitos de forma establecidos en la ley.

Ello no obstante, la limitación anterior no será de aplicación cuando la moción de censura sea la respuesta de la oposición municipal a una cuestión de confianza vinculada al presupuesto (artículo 197 bis.5 de la LOREG).

7.3.2. Formalidades

La moción de censura deberá presentarse por escrito, incluyendo un candidato a alcalde de entre los concejales.

El escrito deberá contener la firma de todos los promotores, así como la del candidato a alcalde en señal de aceptación, sin que sea necesario incluir una justificación de la moción (STS de 8 de noviembre de 2001).

No será obstáculo el hecho de que el candidato y los demás firmantes de la moción no hubieran formalizado en su momento las declaraciones de intereses y patrimonio si pese a ello se les llegó a dar posesión del cargo (STS de 19 de diciembre de 2001).

Antes de ser registrada, el secretario de la corporación deberá comprobar que las firmas han sido autenticadas ante notario o ante el propio secretario, sin que sea preceptiva, en este último caso, la presencia, ante el fedatario público local, de todos y cada uno de los firmantes si sus firmas pueden ser contrastadas con las que obran en los registros municipales y, además, el Pleno se celebra sin que ninguno de los promotores haga protesta al respecto. Tal posibilidad cabe inferirla de la STC 87/1999, de 25 de mayo, que declaró la posibilidad de validar las firmas de los promotores de una agrupación de electores, a la vista de las copias de los correspondientes documentos nacionales de identidad.

Si la solicitud no reúne los requisitos legales y no se subsanan en tiempo y forma los defectos o las omisiones advertidas por el secretario, éste deberá dictar diligencia de inadmisión con ofrecimiento de recursos.

7.3.3. Convocatoria

Si la presentación se ajusta en todo a las previsiones de la LOREG, el secretario de la corporación extenderá una diligencia acreditativa y registrará el documento, haciendo constar que el Pleno extraordinario ha quedado automáticamente convocado para las doce horas del décimo día hábil siguiente al del registro de la moción, notificando este último extremo a todos los miembros del ayuntamiento en el plazo máximo de un día.

Subsiste la duda sobre si debe considerarse vigente el artículo 110.1.g) de la LMC, que prohíbe que se presenten mociones de censura si se ha publicado en el BOE o en el DOGC una convocatoria electoral política, cesando tal limitación tras la celebración de las correspondientes elecciones.

No es descabellado considerar que la limitación expuesta ha quedado desplazada por la regulación de la LOREG, máxime si tomamos en consideración que:

a) La regulación contenida en el artículo 110 de la LMC fue dictada con la única finalidad de suplir las lagunas que la regulación de la moción de censura tenía (en la LOREG) en el momento de promulgarse la LMC, como lo demuestra el hecho de que el artículo 50.3 de esta última señalase –como no podía ser de otra manera–

que la moción de censura se regiría por lo dispuesto en la legislación electoral general (ver artículo 81 de la CE), expresando de forma bastante clara la voluntad del legislador autonómico de estar, en todo caso, a lo dispuesto en la legislación orgánica sobre la materia. Voluntad de prevalencia del derecho estatal (desde el propio derecho autonómico), que la LMC expresó de forma rotunda a través de su disposición adicional primera, disposición adicional de la que se infiere la subsistencia del artículo 110 de la LMC, pero sólo en aquello que sea compatible con los dictados de la LOREG.

b) Es difícil sostener la indemnidad del artículo 110.1.g) de la LMC frente a una regulación de la moción de censura transida de automatismo y de cuyo contenido cabe inferir la voluntad de no someter la moción de censura a otras limitaciones u otros requisitos que no sean los previstos en la propia LOREG.

Por lo demás, es preciso reparar en que la prohibición contenida en el artículo 110.1.g) de la LMC, muy probablemente pretendía circunscribir sus efectos a las elecciones no municipales, puesto que, de no ser así, sería difícil entender lo que el legislador autonómico quiso significar con la expresión “convocatoria electoral política” (“política” por contraposición a “administrativa”, cabe suponer), seguida de una matización importante en el sentido de trasladar la presentación de la moción a una fecha posterior a la de celebración de las elecciones, lo que sólo tendría sentido si la composición de la corporación municipal no se viera directamente afectada por la convocatoria electoral impeditiva.

Todo ello lleva a pensar que las limitaciones a que hemos hecho alusión, obedecieron, probablemente, a la voluntad de evitar la inestabilidad y la instrumentalización de una de las piezas esenciales de la administración electoral en momentos clave para la conformación de las estructuras políticas fundamentales, tanto europeas como estatales y autonómicas. Pretensión, ésta, de la que no se ha hecho eco la LOREG.

7.3.4. Desarrollo de la sesión

El desarrollo de la sesión se encuentra regulado en las letras d), e) y f) de los artículos 197.1 y 197.5 de la LOREG, a la que nos remitimos, no sin poner de relieve la voluntad de la ley de que el expediente se resuelva con celeridad.

En caso de prosperar la moción, el nuevo alcalde deberá jurar o prometer el cargo antes de tomar posesión del mismo ante el propio Pleno (artículo 18 del TRRL).

7.3.5. Rechazo de las maniobras dilatorias

El artículo 197.3 de la LOREG señala que la dimisión sobrevenida del alcalde no suspenderá la tramitación y la votación de la moción de censura, siendo la finalidad de esta norma la de evitar que con su dimisión sobreve-

nida, el alcalde censurado pueda forzar una nueva elección de alcalde conforme al artículo 196 de la LOREG, con la posibilidad añadida de provocar el fraccionamiento de la oposición y la elección, como nuevo alcalde, de un miembro del equipo de gobierno censurado.

Y aunque la LOREG no se pronuncia al respecto de forma expresa, cabe sostener que el alcalde censurado no se halla en disposición de anular la convocatoria del Pleno. Primero, porque ésta es automática y se produce *ope legis*, debiendo reputarse ineficaz cualquier acto contrario a los efectos producidos directamente por la propia LOREG. Y, en segundo lugar, porque se trata de una convocatoria cuyo origen corporativo mayoritario sólo puede quedar invalidado por una iniciativa del mismo orden o la misma naturaleza. Dicho en otros términos: el alcalde puede revocar sus propios actos estando en disposición, inclusive, de ignorar los actos de los demás órganos de la corporación que invadan las competencias de la Alcaldía, pero en modo alguno puede privar de efectos inmediatos a los actos de los que no es dueño de forma clara y manifiesta. ■

Competencias sobre la conservación de vías públicas locales, caminos vecinales, otras vías rurales y vías pecuarias

1. Introducción.
2. Competencias viarias de las corporaciones locales.
3. Conservación de los caminos locales.
 - 3.1. Regulación.
 - 3.2. Estudio comparativo de las competencias sobre conservación de las carreteras y de las vías locales.
 - 3.2.1. El diferente tratamiento normativo en cuanto a la concreción de la regulación de la competencia administrativa de conservación de las vías.
 - 3.2.2. El diferente significado interpretativo del término "conservación".
 - 3.2.3. Consecuencias.
4. Competencias sobre caminos vecinales y otras vías rurales.
5. Conservación de las vías pecuarias.
 - 5.1. En torno al concepto y clases de vías pecuarias.
 - 5.2. Competencias administrativas de conservación.
 - 5.3. Financiación.

Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli

*Profesora titular de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense de Madrid*

1. Introducción

La conservación de las vías públicas es una de las competencias administrativas de más importancia en referencia a las vías de dominio público. Sin embargo, no siempre está claramente expresada y detallada en la normativa reguladora de estos tipos de bienes. Como consecuencia de esta inexactitud normativa sobre el contenido de la competencia en relación con la conservación de las vías públicas, existen grandes diferencias en su aplicación según la clase de vías de que se trate. Hasta tal punto esto es así que, según el tipo de vías que se contemple, los gastos de conservación recaerán en la Administración titular de la misma o en los particulares propietarios de los terrenos colindantes.

2. Competencias viarias de las corporaciones locales

El juego de la Constitución sobre la normativa local se produce desde la entrada en vigor de aquélla. En él ha tenido que intervenir el Tribunal Constitucional precisando lo allí establecido; estas precisiones se ven reflejadas en la Ley reguladora de las bases de régimen local, Ley 7/1985, de 2 de abril.

El artículo 25 de dicha ley atribuye a los municipios, en todo caso, las competencias sobre la conservación de caminos y vías rurales. Pero esta competencia, que queda catalogada dentro del núcleo de competencias propias del municipio, no agota, en cambio, todo su posible contenido; el mismo artículo 25.1, igual que respecto a la provincia hace el artículo 36.1, remite a las leyes sectoriales, estatales y autonómicas, la ultimación del cuadro de competencias propias de los municipios y las provincias.¹ Autores como Sosa Wagner y De Miguel han escrito que esta ley “[...] sólo señala con precisión una pequeña parte –la relativa a los servicios mínimos preceptivos del ámbito competencial propio de los municipios y las provincias– confiando la determinación del resto a la legislación del Estado y las comunidades autónomas –principalmente a la de su legislación sectorial– la cual habrá de decidir qué materias –una lista de éstas ya queda establecida para los municipios– y qué funciones concierne a los intereses locales, atribuyendo, en conse-

cuencia, a los entes titulares de dichos intereses, además de unos poderes jurídicos concretos, las competencias necesarias para su gestión”.² El inconveniente mayor, como los mismos autores explicitan,³ será el de la dificultad de aplicación y conocimiento de los mismos.

En cuanto a la Ley de carreteras estatal de 1988, en su artículo 1 establece como objeto de la misma las carreteras estatales, dejando fuera por tanto las locales. Por ello, habrá que estar atentos a la normativa autonómica, que en la gran mayoría de los casos se refiere en sus leyes de carreteras sólo a las autonómicas. A este respecto hay que señalar en cuanto a las vías pecuarias la existencia de la legislación estatal con carácter de básica sobre las mismas y su desarrollo en el ámbito autonómico. En concreto, a la Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo, sobre régimen jurídico de las vías pecuarias, desarrollada por algunas comunidades autónomas en leyes como son las siguientes: la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid, Ley 8/1998, de 15 de junio, sobre normas reguladoras de las vías pecuarias, y la Ley foral 19/1997, de 15 de diciembre, sobre normas reguladoras de las vías pecuarias de Navarra.⁴

Estas consideraciones imponen la necesidad de que dicha regulación se atribuya a las corporaciones locales, como competencias propias, todos aquellos asuntos que guarden estrecha conexión con su marco de intereses propios, pues no se puede olvidar que el concepto de interés, aun no ignorando la complejidad que su definición entraña,⁵ se ha convertido en el nuevo horizonte constitucional español en la pieza de articulación de los distintos ordenamientos en presencia.⁶

Por todo ello, parece lógico estimar que las carreteras municipales que definía la Ley de carreteras de 1974 deban entrar en ese ámbito competencial propio de los municipios, para que sobre ellas se ejerciten las potestades que el artículo 4 de la Ley reguladora de las bases de régimen local relaciona. Asimismo, cabe encuadrar dentro de estas competencias locales los caminos municipales. La competencia genérica sobre las vías pecuarias es, sin embargo, autonómica, como lo es en muchos casos la que recae sobre los caminos vecinales y otros tipos de vías rurales como las pistas forestales.

1. Vid. PAREJO, Alfonso L. *Garantía institucional y autonomías locales*, p. 159. Madrid. 1981.

2. Vid. SOSA WAGNER y DE MIGUEL. *Las competencias de las corporaciones locales*, p. 49. Madrid, 1985.

3. Vid. la nota 50 de la misma obra.

4. Vid. el borrador del anteproyecto de la Ley de vías pecuarias de Castilla y León, elaborado por la Dirección General de Medio Ambiente de la Consejería de Medio Ambiente de dicha comunidad autónoma.

5. A este propósito la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 dice: “De acuerdo, pues, con la Constitución, la autonomía que garantiza para cada entidad lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del municipio, de la provincia, de las comunidades autónomas.

Ahora bien, concretar este interés en relación a cada materia no es fácil y, en ocasiones, sólo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma en función del interés predominante [...]”

6. Vid. MEILÁN GIL, J. L. “La articulación de los ordenamientos local y autonómico”. REDA, n.º 44, p. 657 a 682; también la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1982, que señala la necesidad de abordar todos los problemas que el estado de las autonomías plantea desde la pluralidad de ordenamientos. Sobre la idea de ordenamiento, téngase en cuenta la noción clásica de SANTI ROMANO: *El ordenamiento jurídico*, (traducción española), Madrid. 1963. Así como su reedición parcial por Massimo Severo GIANNINI: “Gli elementi degli ordinamenti giuridici”. RTDP, p. 219 a 240. 1958.

3. Conservación de los caminos locales

3.1. Regulación

Como hemos establecido anteriormente, la competencia sobre las vías de carácter local que establecía la Ley de carreteras estatal de 1974 es principalmente de las entidades locales en base a la Ley de carreteras estatal de 1988, que no las regula, y en consonancia con la legislación estatal de ámbito local. No obstante, hay que especificar que las vías denominadas pecuarias, entre otros tipos de vías rurales, son de competencia autonómica, no así las vías denominadas caminos municipales. Además, hemos de añadir que, sobre las funciones de conservación de los tipos de vías de competencia genérica autonómica, resulta frecuente que las normas autonómicas atribuyan esas funciones a los ayuntamientos, como más adelante se verá.

3.2. Estudio comparativo de las competencias sobre conservación de las carreteras y de las vías locales

El concepto de conservación de las vías públicas viene siendo interpretado de muy distintas formas según el tipo de vía pública sobre la que esta competencia administrativa recaiga. El ordenamiento jurídico español coincide en otorgar la competencia de conservación de las vías públicas a las administraciones que sean titulares de las mismas. Sin embargo, al interpretarse de manera muy diferente el contenido del significado de este término, las consecuencias prácticas a la hora de fijar sobre quién recae el peso de costear dicha conservación son tan opuestas como se deduce del hecho de que si se trata de carreteras o redes arteriales el coste corresponderá a las entidades públicas, mientras que si se trata de caminos públicos municipales, el gasto de su conservación recaerá sobre los particulares dueños de las propiedades colindantes y en proporción a su colindancia.

3.2.1. El diferente tratamiento normativo en cuanto a la concreción de la regulación de la competencia administrativa de conservación de las vías

Podemos encontrar una primera causa en el hecho del diferente tratamiento que las normas reguladoras de estas vías otorgan a la competencia administrativa viaria de conservación. Las vías públicas consideradas carreteras –en todas sus variaciones: autopistas, autovías, vías rápidas, redes arteriales, carreteras convencionales, etc.– gozan de una normativa sectorial que las regula de forma muy desarrollada y precisa. En este sentido, todas las circunstancias que las rodean quedan plasmadas en

leyes y reglamentos de forma muy pormenorizada. Una de esas circunstancias es su conservación, que se encuentra regulada en cuanto a su competencia, en cuanto a la posible negociación administrativa, en cuanto al coste, en cuanto a la ejecución, etc. Mientras que en los caminos locales, de titularidad municipal, o en las denominadas vías pecuarias, la normativa reguladora, sea estatal sea autonómica, no especifica más que quién sea el titular y cuáles serán sus competencias sobre estas vías.

En este segundo caso, la regulación es mucho más genérica que en el supuesto de las carreteras, y ello da lugar a una interpretación de la competencia de conservación de las vías públicas locales tan diferente de la de las vías denominadas carreteras –en cualquiera de sus variantes– que en cuanto a la obligación del pago de su coste resulta opuesta.

3.2.2. El diferente significado interpretativo del término “conservación”

Una segunda causa de esta situación administrativa desigual para con las vías públicas puede encontrarse en el diferente significado que se le otorga al término “conservación”.

Como consecuencia del diferente trato jurídico que estudiamos, resulta el hecho de que, para las vías denominadas carreteras, el término “conservación” en referencia a la competencia administrativa viaria está muy desarrollado en la normativa reguladora, profundizando en el contenido de la competencia administrativa sobre conservación hasta el punto de distinguir entre las competencias administrativas sobre conservación, mantenimiento, vigilancia, policía, investigación, sancionadora, señalización, autorizadora, planificadora, etc. En cambio, con respecto a los caminos locales, tal como ocurre en la mayor parte de los bienes de dominio público municipal, las normas reguladoras desarrollan muy poco el régimen jurídico de los mismos, limitándose a describirlos y resaltando entre sus competencias la de registro y la de conservación, pero sin especificar las funciones administrativas concretas en que consiste el contenido de esta última competencia. Dado este vacío legal, las administraciones locales están interpretando el término “conservación” como la guarda y custodia de dichos bienes con el fin de que cumplan su utilidad de uso público, sin entrar en la de mantenimiento del camino local. Sin embargo, es numerosa la jurisprudencia que atribuye a los ayuntamientos la competencia sobre la conservación y el mantenimiento de los caminos, además de la de disciplina, señalización, vigilancia, recuperación y deslinde de los mismos.⁷

7. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo 565/1996, de 25 de enero, para recuperar un camino que había sido sembrado. De este mismo tribunal, vid.

la Sentencia 2556/1996, de 5 de marzo, sobre el deslinde de un camino; la Sentencia 9213/1996, de 12 de diciembre, sobre recuperación al uso público

3.2.3. Consecuencias

Si las causas del trato normativo desigual entre las vías locales y las denominadas carreteras pudieran encontrarse en lo antes descrito, la motivación del mismo pudiera ser la diferente importancia que los propietarios de los terrenos colindantes con las vías tienen en cuanto al uso público viario de éstas según el tipo de vías de que se trate.

La utilidad pública a la que están destinadas las vías públicas denominadas carreteras es el uso público viario interurbano, tanto general como especial. Los propietarios colindantes con estas carreteras no son los principales beneficiarios de las mismas, por lo que la conservación de la obra pública que determina la carretera ha de ser costeada por su titular, salvo que se encuentre en régimen de concesión administrativa de obra y servicio público y entonces estaríamos a lo que en las cláusulas del otorgamiento de dicha concesión se hubiera firmado. En realidad son los usuarios de ese bien público quienes, bien mediante impuestos indirectos, bien mediante el pago de un precio tarifado, como es el peaje, en el caso de concesión administrativa, costean el mantenimiento de la carretera, aunque de forma directa el cargo de la conservación de estas vías recaiga sobre sus titulares.

En cambio, en los caminos locales, parece que se entiende que los principales usuarios, y por tanto beneficiarios del buen estado de la vía, son los colindantes de la misma, por lo que recaen sobre ellos los gastos que sean necesarios para que el bien cumpla el destino al que fue afectado.

El destino público de interés general al que están afectados los caminos locales no es el mismo en todos los casos, sino que, por el contrario, es muy diferente a pesar de su naturaleza común de bienes de dominio público.⁸ Los caminos locales, de titularidad municipal, unen dos municipios; el uso público al que están afectados es la circulación viaria entre dos municipios o núcleos urbanos: sea de cualquier tipo de vehículos a motor o de tracción animal; sea de peatones, como ocurre en muchos de los tipos de las vías denominadas carreteras (salvo autopistas, vías rápidas y otros). El usuario principal de esas vías es el que realiza un uso común general del bien de dominio público en que consiste la vía. Cualquier persona, vecina o no de los municipios, con nacionalidad o no española, colindante o no con el camino, puede usar el mismo, tal como ocurre con las carreteras. Los propietarios colindantes no son sus principales usuarios, puesto que, a diferencia de

lo que sucede con las vías pecuarias y otros tipos de caminos rurales, los caminos locales no tienen como uso público principal el paso tradicional del ganado o la unión entre terrenos agrícolas. Por ello, no tendrían que cargar directamente con los gastos de mantenimiento del camino para el uso público, sino que, como ocurre con las carreteras que unen núcleos urbanos, las entidades locales titulares de estos caminos, no sólo vigilarán su buen uso sino que disciplinarán las conductas de los colindantes para hacer posible el mismo y mantendrán a su costa el buen estado del camino en sí. Los colindantes sólo tendrán que costear las reparaciones en aquellas ocasiones en que por su actuación, el camino, o el uso público del mismo, se haya perjudicado, haciendo uso de sus competencias administrativas de vigilancia, y será disciplinaria en su caso la Administración titular de la vía pública.

Por lo dicho hasta ahora se comprenderá que los propietarios colindantes con un camino local que une dos municipios nunca tendrían que cargar directamente con los gastos del mantenimiento del buen estado del mismo para cumplir el destino público al que están afectados.

En muchas ocasiones, los caminos locales se encuentran en situación de abandono, llegando incluso a desaparecer físicamente el propio camino por no haberse podido usar en un largo periodo de tiempo. Frecuentemente las administraciones locales temen por la pérdida del bien local y, por falta de fondos o de previsión presupuestaria local, tienden a hacer pagar de forma directa los gastos de la reconstrucción del camino a los dueños colindantes, interpretando que la competencia administrativa de conservación que el ordenamiento jurídico les atribuye en cuanto a los bienes locales consiste, en el caso de caminos locales, en la mera vigilancia y no en el mantenimiento a su costa del buen estado del camino para que éste pueda cumplir con el uso público al que fue destinado.

Sin duda, las entidades locales pueden verse beneficiadas del vacío normativo existente en la actualidad sobre el contenido del término “conservación” en cuanto a competencia administrativa local sobre bienes de dominio público locales; resultando legítima su interpretación como competencia administrativa globalizadora de todas y cada una de las competencias que para carreteras sí están desarrolladas, como ya se ha dicho. En algunos casos, estos caminos –como los denominados “caminos reales”– resultan ser de larga tradición histórica y forman parte de nuestra cultura y patrimo-

de un camino vallado; la Sentencia 4241/1993, de 23 de abril, sobre la obligación del ayuntamiento de recuperar y restaurar hasta su estado de buen uso público un camino abandonado, y la Sentencia 3853/1989, de 9 de mayo, sobre la competencia del ayuntamiento para vigilar y disciplinar al particular colindante que estableció un muro que impedía el uso público del camino.

8. Sobre la diferencia entre un camino de servicio y un camino que atraviesa varias fincas y varios términos municipales, siendo la competencia de conservación de cada uno de los municipios por los que atraviesa *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo 4241/1993, de 23 de abril.

nio.⁹ Resultaría desgraciada la circunstancia de que por causa de la dejación en estas funciones administrativas, estos importantes bienes cayeran en un absoluto abandono, pudiendo llegar a perderse el contorno físico del camino por causas puramente naturales, a las que contribuyen por ejemplo los fenómenos atmosféricos como las lluvias torrenciales, la erosión, la extensión del monte bajo o de la vegetación autóctona o la aparición de refugios de animales como madrigueras, zorreras, guaridas, etc. Elementos tan beneficiosos, por otra parte, para el medio ambiente y, en ocasiones, como es el caso de los encinares, especies protegidas por la Unión Europea.

En estos casos, si los propietarios colindantes con esos bienes no han realizado en sus propiedades, ni en los terrenos en los que debería transcurrir el camino, ahora abandonado y físicamente desaparecido, ninguna actividad para ellos prohibida –tales como la construcción de tapias o el establecimiento de setos que impidan el paso e interrumpan la trayectoria del camino o la plantación de árboles o la labranza de los terrenos– no pueden ser sancionados administrativamente. Muy al contrario, se ven seriamente desfavorecidos. En primer lugar, como meros usuarios del camino abandonado, tal como ocurre con cualquiera de los vecinos de los núcleos que uniera dicho camino; pero, también y en segundo lugar, porque sus propiedades se verían perjudicadas en cuanto que se desvalorizarían por la dificultad de acceso a sus propiedades. Por ello, en muchos casos se verían obligados a procurarse nuevas vías de acceso, en este caso privadas, porque hubieran desaparecido las antes existentes. Accesos éstos sobre los que hay que resaltar que su construcción, dado que los propietarios colindantes no cuentan con la maquinaria propia para estas construcciones viarias, suele resultar muy costosa. Por último, se encontrarían dañados también, ya que sus propiedades perderían la protección contra incendios que supone el camino como cortafuegos.

Por tanto, el propietario de un terreno colindante con un camino local abandonado podrá pedir indemnización por los daños causados en sus propiedades. Todo ello, en base a la existencia, no de un interés legítimo como usuario, sino de un verdadero derecho subjetivo que le confiere el ser propietario de un terreno protegido registralmente y que consta inscrito como colindante con el camino desaparecido. Se trataría de una contraprestación a las obligaciones¹⁰ que como tal colin-

dante pueden recaerle,¹¹ como la de dejar hacer en su terreno (por ejemplo durante las obras de mantenimiento del camino local, la obligación de dejar pasar y ocupar sus terrenos al personal y a la maquinaria necesaria para las mismas con obligación de la administración titular de reponer los daños causados al particular colindante). Como ejemplo de lo afirmado cabe citar la Sentencia 14/1993 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 6 de julio, en la que el particular propietario de terrenos que lindan con un camino municipal pretende que el Ayuntamiento de Camós “[...] reponga a su anterior ser y estado el camino [...] realizando cuantas obras sean precisas o necesarias para evitar que en el futuro las fincas de D. F. T. puedan resultar afectadas por inundaciones, desmoronamientos y cualquier otro daño derivado de la ampliación del paso o el camino”. Además, el particular sostiene que “[...] el Ayuntamiento de Camós debe abonar los daños y los perjuicios causados al demandante y que resulten acreditados en periodo de prueba o en ejecución de la sentencia”.

Hemos de añadir que en la actualidad la cultura medioambiental, la conciencia histórica de nuestra riqueza vial y el apoyo del derecho europeo, permiten perseguir este tipo de actuaciones administrativas; desgraciadamente, muy frecuentes aún en nuestros días. Prueba de lo dicho es la protección jurídica, económica, medioambiental, artística o sociológica con la que cuentan en la actualidad caminos como el de Santiago, los de la Mesta, los mencionados “caminos reales”.

Sin embargo, siendo cierto lo dicho hasta ahora a favor de los propietarios colindantes con las vías locales, no lo es menos que no todas las entidades locales pueden permitirse el gasto que supondría el rehacer un camino por muy histórico y útil que éste fuese. De aquí que no resulta justo afirmar que en todos los casos las administraciones locales titulares de estas vías deban sufragar íntegramente los gastos. La solución a estos problemas podría estar en negociar con otras entidades –como son la Administración del Estado o las administraciones autonómicas, las comarcales o las provinciales– el mantenimiento en buen uso y la conservación física y jurídica de éstas vías.¹² Pero también en la posibilidad de hacer recaer en los propietarios colindantes parte de estos gastos de forma indirecta. Concretamente el artículo 199 del Texto refundido de disposiciones en materia de régimen local regula la posibilidad de establecer tasas por la “[...] realización de actividades

9. Prueba de ello fue la Ley de 12 de marzo de 1942 sobre reparación de caminos del patrimonio nacional.

10. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo 9213/1996, de 12 de diciembre, sobre la construcción de un vallado que ocupa una vía pública. O la Sentencia del Tribunal Supremo 3853/1989, de 9 de mayo, sobre la obligación de los ayuntamientos de abrir a uso público un camino que había sido cerrado por la construcción de un muro por un particular. En el mismo sentido, también por el cierre de un camino por parte de un particular colindante, vid.

la Sentencia 989/1997 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de octubre.

11. Vid. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C. *Carreteras. Su régimen jurídico*. P. 227 a 317. Madrid. 1990.

12. Véase el artículo 197 del Texto refundido de disposiciones en materia de régimen local, en el que se regulan los ingresos de derecho público y subvenciones. Vid. también el artículo 1 del Reglamento de haciendas locales e instrucción de contabilidad.

de la competencia municipal, que beneficien especialmente a personas determinadas o, aunque no las beneficien, les afecten de modo particular, siempre que, en este último caso, la actividad municipal haya sido motivada por dichas personas, directa o indirectamente”.¹³

Prueba de lo anteriormente defendido es que en materia de conservación de vías urbanas o de acequias de riego agrícola, por citar dos ejemplos de bienes locales, los gastos del mantenimiento recaen sobre sus principales beneficiarios como son los vecinos que viven en esa calle o los dueños de los predios que utilizan para riego la acequia. Es más, en el caso de las vías urbanas, los gastos de señalización o de cuidado del mantenimiento de la calzada corren a cargo del titular de la misma sólo en caso de mejora de las aceras o de ajardinamiento de las mismas, y no siempre se suele hacer partícipes a los que se consideran que usan más de la misma, como son los vecinos de esa calle.

4. Competencias sobre caminos vecinales y otras vías rurales

La competencia sobre estas vías venía siendo, con anterioridad a la Ley de carreteras de 1988, de las diputaciones provinciales o del Estado, según el tipo de vía de que se trate. En concreto, los caminos vecinales eran competencias de las diputaciones provinciales. No obstante, hoy día son las comunidades autónomas las que tienen asumidas las competencias genéricas sobre este tipo de vías, relacionando muchas de ellas con la ordenación del territorio y con el medio ambiente.¹⁴ Valga de ejemplo el de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y en concreto la Ley 27/1991, de 13 de diciembre, por la que, según su artículo 1, “La Generalitat de

Cataluña asume, en virtud de la presente ley, las competencias ejercidas por las diputaciones provinciales en materia de agricultura, ganadería, montes, ferias y mercados agrarios, caminos vecinales y capacitación y formación profesional agraria [...]”; la Ley 9/1995, de 27 de julio, que regula el acceso motorizado al medio natural; o la Ley 6/1988, de 30 de marzo, Ley forestal de Cataluña.¹⁵ También en esta misma comunidad autónoma son numerosas las normas autonómicas aprobadas en base a esa competencia y en cuanto a la conservación de este tipo de vías. Por ejemplo, la Orden de 11 de abril de 2001 del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca, que regula el asiento de colmenares en determinados municipios de las comarcas de El Baix Ebre y El Montsià, dispone en el artículo 3 las limitaciones de distancias que para la instalación de estos colmenares deberán tener en cuenta los ayuntamientos a la hora de otorgar las autorizaciones correspondientes. Una de esas limitaciones es la referida a los caminos vecinales (25 metros) o a las pistas forestales (10 metros), además de prohibir en su artículo 1 la instalación de los colmenares en los caminos rurales.¹⁶ Los reales decretos de traspaso de funciones y servicios del Estado a las distintas comunidades autónomas en materia de carreteras incluyeron las vías provinciales y municipales que, según la Ley de carreteras 51/1974, se atribuían competencialmente a los órganos de la Administración del Estado.¹⁷

Respecto a la competencia concreta sobre la conservación de los caminos vecinales, parece ser local a pesar de que la competencia administrativa genérica sobre los mismos sea autonómica. No se ha aprobado una ley de caminos vecinales estatal y por tanto tampoco las hay autonómicas.¹⁸ De aquí que tengamos que acudir a la normativa sectorial autonómica o, en ocasiones, a la

13. El apartado a) de este mismo precepto señala la posibilidad de establecer tasas “[...] por la utilización privativa o por el aprovechamiento especial de bienes o instalaciones de uso público municipal”.

14. *Vid.* en este sentido y entre otras, la Ley 6/1988, de 30 de marzo, forestal de Cataluña.

15. *Vid.* el Real decreto 2115/1978, de 26 de julio, de la Presidencia de Gobierno por el que la Administración del Estado transfiere competencias a la Generalitat de Cataluña en materia de organización, régimen jurídico, bienes y servicios de las corporaciones locales. En concreto su artículo 1.7.6 señala: “El informe en proyectos tramitados por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo sobre cesión de carreteras y caminos vecinales del Estado a las corporaciones locales y viceversa [...]”.

16. Esta orden fue modificada por la Orden 64/2002, de 11 de marzo, del mismo departamento. *Vid.* en el mismo sentido la Ley 6/1993, de 15 de julio, sobre la regulación de residuos, en cuyo artículo 43, sobre previsiones urbanísticas y equipamientos urbanos, el número 2 señala: “[...] los ayuntamientos, por medio de ordenanzas municipales específicas: b) Prever, en la red viaria urbana y en los caminos vecinales, los espacios reservados suficientes para la colocación de contenedores u otros equipamientos necesarios para optimizar las operaciones de recogida y transporte de los residuos”.

17. *Vid.* como ejemplo el Real decreto 956/1984, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de carreteras a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en cuyo anexo I.C).1.b) se señala: “Las funciones que la Ley 51/1974 de carreteras atribuye a los órganos de la Administración del Estado, en relación con las carreteras de titularidad auto-

nómica, provincial y municipal [...]”, como traspasadas a dicha comunidad autónoma.

18. El Reglamento de caminos vecinales de 23 de julio de 1911 fue derogado en 1977 por el Reglamento general de carreteras aprobado por Decreto 1073/1977, de 8 de febrero, reglamento que desarrollaba la Ley de carreteras de 51/1974, de 19 de diciembre. El anexo I de la Orden de 21 de febrero de 1979 establecía una relación de normas derogadas entre las que se encuentra la citada sobre caminos vecinales. Asimismo, también se derogó y se relacionó, por las normas citadas, otras normas entre las que cabe citar ahora las siguientes: el Real decreto de 10 de octubre de 1925, que autorizaba a las diputaciones para dar comienzo a la construcción de caminos vecinales, aun cuando no estén incluidos en el plan aprobado y el Real decreto de 16 de octubre de 1929, relativo a la redacción de proyectos por las diputaciones provinciales para obras de caminos vecinales; o el Decreto de 25 de noviembre sobre construcción de caminos vecinales en Canarias; o el Decreto de 24 de mayo de 1945 sobre construcción y mejora de caminos vecinales; o las reales órdenes de 30 de octubre de 1911, que aprobaban, con carácter provisional, el pliego de condiciones facultativas y el formulario de instrucciones para la redacción de proyectos de caminos vecinales; o la Real orden de 31 de enero de 1912, que aprobaba el modelo para condiciones particulares y económicas que han de regir en las contrataciones de obras de caminos vecinales; o la Real orden de 26 de agosto de 1914, que define los puentes económicos a efectos de la Ley de caminos vecinales; o la Real orden de 28 de agosto de 1920, que simplificaba las disposiciones relativas al estudio, la construcción y la conservación de caminos vecinales; o la Real orden de

local. La legislación de carreteras estatal los excluye de su competencia estatal. Sin embargo la conservación de los caminos vecinales y de otras vías rurales como, por ejemplo, las pistas forestales, suele ser objeto de una regulación puntual en normas autonómicas sectoriales o en normas autonómicas de ámbito local. Por ejemplo, la Ley municipal y de régimen local de Cataluña en su artículo 63.2.d), al tratar de las competencias municipales, especifica como tales “la conservación de caminos y vías rurales”. El artículo 2.2 de la Ley 6/1998, de 30 de marzo, Ley forestal de Cataluña, considera como terrenos forestales las pistas y los caminos forestales, dependiendo del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat de Cataluña.¹⁹ Por otro lado, con respecto a esta misma comunidad autónoma, la Ley 9/1995, de 27 de julio, que regula el acceso motorizado al medio natural, en su artículo 2 considera como ámbito de aplicación de la misma el conjunto de pistas y caminos asfaltados que recorren los espacios naturales y “el conjunto de caminos rurales, de herradura, de cabaña, senderos y veredas y pistas forestales de tierra”. La ley apela a los principios de coordinación para ejercer las competencias administrativas sobre los mismos por las administraciones competentes, especialmente entre las entidades locales y el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat de Cataluña.

Respecto de esta misma comunidad autónoma, Cataluña, los caminos vecinales son calificados como bienes de dominio público afectados al uso público por el artículo 185 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, Ley municipal y de régimen local. Por otro lado, el artículo 20 del Reglamento del patrimonio de los entes locales, aprobado por el Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña 336/1988, de 17 de octubre, se refiere a distintas competencias administrativas sobre estos caminos y los procedimientos administrativos que han de seguir los ayuntamientos en los artículos 29, 40, 41 y 47. Una aplicación de esta normativa la encontramos en la Sentencia 805/1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de octubre. En ella se distingue, en cuanto a las competencias de conservación de caminos vecinales, entre las de mera ejecución de una obra municipal de acondicionamiento de un camino vecinal y las de modificación del trazado del mismo. El tribunal considera que el procedimiento a seguir por el ayuntamiento, en este caso de

Vallfogona de Balaguer, en el supuesto de modificación del trazado, es mucho más complicado que el mero acuerdo de la corporación necesario para las obras de acondicionamiento del camino.

Por otra parte, la competencia concreta sobre la conservación de los caminos vecinales en sus distintas actividades viene siendo atribuida por la jurisprudencia a los municipios. Por ejemplo, la Sentencia 989 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León considera que el otorgamiento de licencias para la construcción de vallados colindantes con un camino vecinal es competencia de los ayuntamientos.

Las relaciones de coordinación entre administraciones suelen ser frecuentes por fundamentales, en materia de infraestructuras pero en cuanto a las vías públicas locales; y, dada la poca exactitud ya referida tanto en su regulación como en el contenido de esta competencia, estas relaciones de cooperación no siempre son efectivas. En el caso de los caminos vecinales podemos encontrar un ejemplo. De acuerdo con la Ley de 29 de junio y con el Reglamento de 23 de julio, ambos de 1911, y con el Estatuto provincial de 20 de marzo de 1925, su construcción, reparación y conservación corría a cargo de las diputaciones, situación ésta que se mantuvo por la Ley de régimen local de 1956 en sus artículos 243.a), 251 y 258. En la actualidad está regulada por la vigente Ley reguladora de las bases de régimen local de 1985, la cual en el artículo 25.d) se refiere como competencia municipal a la “conservación de caminos y vías públicas”. Queda para las provincias la posibilidad de realizar planes de obras y servicios,²⁰ para lo cual deberán contar con los municipios afectados. Pero a esto se debe añadir que en algunas comunidades autónomas esta competencia provincial se ha traspasado a la comunidad autónoma, como ocurre en el caso de Cataluña, tal y como decíamos. Prueba de la poca efectividad de los acuerdos realizados entre las provincias y municipios en orden a la conservación de caminos —en concreto respecto a caminos vecinales— es la sentencia que a continuación comentamos, la cual, aunque anticuada respecto de la normativa que aplica, nos ofrece una muestra de desestimación de estos acuerdos por parte del Tribunal Supremo. Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo 211/1980, de 30 de enero, impone a la Diputación Provincial de Madrid la obligación del pago por la ocupación de unos terrenos privados con objeto de obras de ensanche de un camino vecinal. Las obras

19 de octubre de 1923, que determinaba el orden que ha de seguirse para la construcción de caminos vecinales; o la Real orden de 23 de febrero de 1928, que disponía que los proyectos de ordenación para la construcción de caminos vecinales sean pasados por las diputaciones provinciales a examen de los ingenieros jefes de Obras Públicas; o la Orden de 27 de junio de 1961 que derogaba la Instrucción de 11 de agosto de 1939 y faculta a la Dirección General de Carreteras y Caminos Vecinales para dictar órdenes circulares sobre determinadas cuestiones técnicas.

19. Concretamente el mencionado precepto señala: “Se considerarán asimismo como terrenos forestales los prados de regeneración natural, los marjales, las rasas pobladas anteriormente y transformadas sin la correspondiente autorización y las pistas y los caminos forestales [...]”.

20. Vid. el artículo 3.1 del Reglamento de bienes de las entidades locales, el cual en su capítulo III trata la «la conservación y la tutela de bienes», sin que se especifique, respecto de los caminos en qué consiste esa conservación.

habían sido programadas por la diputación que asimismo las ejecutó en base a los artículos 243.a), 285 y 289 de la Ley de régimen local de 1956. Pero, a su vez, la citada Diputación Provincial de Madrid había pactado con el Ayuntamiento de Alcobendas determinados puntos en relación con dicha ejecución, por considerar que la competencia sobre conservación de caminos vecinales también era de los ayuntamientos. El Tribunal Supremo considera que los acuerdos invocados no son causa suficiente para eximir de la obligación de pago por expropiación a la mencionada diputación.

5. Conservación de las vías pecuarias

5.1. En torno al concepto y clases de vías pecuarias

Las vías pecuarias son vías de dominio público que tienen como característica principal un destino diferente del uso público al que están destinadas otras vías públicas. El artículo 1.2 de la Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo, sobre el régimen jurídico de las vías pecuarias señala: “Se entiende por vías pecuarias las rutas o los itinerarios por donde discurre o ha venido discurrendo tradicionalmente el tránsito ganadero [...]”. Es decir, como se puede observar, la ley define estas vías en orden a su uso principal, que es el tránsito ganadero, con independencia de que pueda destinarse a otros usos. Esta definición es común en las escasas normas reguladoras de vías pecuarias existentes. La Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 8/1998, de 15 de junio, sobre normas reguladoras de las vías pecuarias, en su artículo 2 remite en cuanto al concepto y al destino a la Ley estatal sobre vías pecuarias.²¹ Por último, la Ley foral 19/1997 de Navarra, de 15 de diciembre, sobre normas reguladoras de las vías pecuarias, en su artículo 2, y en la misma línea que las anteriores, las define como “las rutas o los itinerarios por donde discurre o ha venido discurrendo tradicionalmente el tránsito ganadero”,²² todas ellas, igual que en las anteriores normas citadas se consideran de dominio público según el artículo 4 de la citada ley foral.²³ Cataluña, aun no contando con una ley específica sobre vías pecuarias, se refiere a estas vías de forma puntual en normas sectoriales. Por ejemplo, la Ley catalana 9/1995, de 27 de julio, que regula el acceso motorizado al medio natural, en su artículo 2, al estable-

cer el ámbito de aplicación de esta ley se refiere a “camino rurales, de herradura, de cabaña, senderos y veredas y pistas forestales de tierra”.²⁴ Debe tenerse en cuenta que la cabaña, así como las veredas y los senderos son tipos de vías pecuarias, tal como lo regulan las normas sobre vías pecuarias existentes y ya citadas.

En cuanto a las clases de vías la Ley estatal de vías pecuarias, en su artículo 4, establece tres tipos principales de vías pecuarias en atención a su anchura: las cañadas, que serán aquellas vías cuya anchura no sobrepase los 75 metros; los cordeles, cuya anchura máxima será de 37,5 metros, y las veredas, de 20 metros de anchura como máximo. Pero además la ley atiende a denominaciones tradicionales tales como: azagadores, cabañeras, caminos ganaderos, carreradas, galianas, ramales, traviesas y «otras que reciban en las demás lenguas españolas oficiales».

Por otro lado, se debe tener en cuenta que, además del terreno en el que consiste la vía pecuaria, también son consideradas como tales, y por ello de dominio público, los lugares accesorios al uso público al que se encuentran destinadas estas vías, como son los abrevaderos, descansaderos, majadas. Su superficie será la que determine el acto de clasificación de la vía pecuaria a la que estén asociados.

Todas estas vías pecuarias podrán formar parte de la Red Nacional de Vías Pecuarias, según el artículo 18 de la citada ley estatal. Para ello “[...] su itinerario deberá transcurrir entre dos o más comunidades autónomas”, por lo que se sigue el criterio de clasificación competencial en base al territorio; igual que se hizo con las carreteras que discurrieran por varias comunidades autónomas, las cuales serían originariamente de competencia estatal; aunque posteriormente, mediante convenios con las distintas administraciones, algunas de ellas han sido transferidas a las comunidades autónomas por las que discurren. En segundo lugar, también podrán ser incluidas en la Red Nacional de Vías Pecuarias “[...] las que sirvan de enlace para los desplazamientos ganaderos de carácter interfronterizo”. Éste es el criterio de interés general seguido también respecto de las carreteras en la transferencia de las mismas a las comunidades autónomas.

La Ley 8/1998, de 15 de junio, reguladora de las vías pecuarias de la Comunidad de Madrid, en su artículo 8

21. En el artículo 1 de esta Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid se señala: “La presente ley tiene por objeto la regulación de las cañadas reales y demás vías pecuarias existentes en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid en el marco de la legislación básica del estado y de conformidad con lo previsto en el Estatuto de autonomía de la Comunidad de Madrid [...]”.

22. Idéntica definición ofrece el artículo 2 del borrador del anteproyecto de la Ley de vías pecuarias de Castilla y León, que en su artículo 3 les otorga naturaleza jurídica de bienes de dominio público.

23. El artículo 1 de la citada ley foral señala: “Es objeto de esta ley foral el establecimiento del régimen jurídico de las vías pecuarias de Navarra en

ejercicio de la competencia exclusiva que reconoce a Navarra el artículo 49.1.h) de la Ley orgánica 13/1982, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra [...]”.

24. La redacción completa del mencionado artículo es la siguiente: “El ámbito de aplicación de la presente ley está constituido por los espacios naturales y los terrenos forestales definidos por la Ley 12/1985, de 13 de junio, de espacios naturales, y la Ley 6/1988, de 30 de marzo, forestal de Cataluña, por el conjunto de pistas y caminos asfaltados que los recorren y por el conjunto de caminos rurales, de herradura, de cabaña, senderos y veredas y pistas forestales de tierra [...]”.

regula como vías pecuarias de esta comunidad: “[...] las cañadas y aquellas otras vías pecuarias que aseguran la continuidad de las mismas” que junto a las restantes vías pecuarias conformarán la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de su integración en la Red Nacional de Vías Pecuarias. Cabe la posibilidad, según el artículo 9 de la misma ley, de que algunas de las vías pecuarias de la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid sean declaradas de interés natural y cultural, siempre que concurra en ellas uno de los siguientes requisitos: en primer lugar, “[...] que discurren dentro de los límites de los espacios naturales protegidos de la comunidad”; o, en segundo lugar, “[...] que resulten de especial valor en orden a la conservación de la naturaleza”; y, en tercer lugar, “[...] las que puedan servir para preservar o conectar entre sí los espacios naturales de la comunidad”. Estas vías no podrán ser desafectadas. Por último, la Ley foral 19/1997 de Navarra, de 15 de diciembre, sobre normas reguladoras de las vías pecuarias, en su artículo 3 establece tres tipos de vías pecuarias: las cañadas reales, que serán “[...] las vías pecuarias más relevantes de Navarra que unen zonas de pastos estivales con zonas de pastoreo de invernada y cuya anchura máxima sea de ochenta metros”; por otra parte, se encuentran las travesías, cuya anchura máxima es de ochenta metros; por último, las pasadas y los ramales que tendrán treinta metros de anchura máxima. Por otro lado, esta ley distingue entre “[...] las vías pecuarias de interés ganadero y las de interés natural, atendiendo a los usos y las características actuales de dichas vías”.²⁵

Todas las clases de vías descritas por las anteriores leyes son de dominio público.²⁶ El destino público al que se encuentran afectados los caminos denominados vías pecuarias es el del tránsito ganadero u otros usos rurales complementarios sin que la comunicación entre municipios sea su principal misión. En este caso las comunidades autónomas titulares de dichos bienes podrán “asegurar la adecuada conservación de las vías pecuarias [...]”.²⁷

5.2. Competencias administrativas de conservación

La conservación de las vías pecuarias es competencia de las comunidades autónomas, según establece el artículo 1 de la Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo, sobre el régimen jurídico de las vías pecuarias, que tiene carácter de ley básica en relación al artículo 149.1.23 de la Constitución Española de 1978.

Uno de los fines de la actuación competencial de las comunidades autónomas en relación con las vías pecuarias es el de “Asegurar la adecuada conservación de las vías pecuarias, así como de otros elementos ambientales o culturales valiosos, directamente vinculados a ellas, mediante la adopción de las medidas de protección y restauración necesarias [...]”, según señala el artículo 3.d) de la citada ley estatal. No obstante, el artículo 2 de la misma ley señala la necesidad de cooperación entre las comunidades autónomas en la adecuada conservación del dominio público de las mismas y en su seguridad. Para ello “[...] el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación podrá instrumentar ayudas económicas y prestar asistencia técnica para la realización de cuantas acciones redunden en la consecución de dicha finalidad”.

El concepto de conservación está mucho más explicitado que en el caso de los caminos vecinales. La Ley de vías pecuarias dedica el artículo 5 a esta competencia autonómica, que regula junto a la de defensa. El contenido de esta competencia administrativa autonómica según el artículo citado junto con el 6 se refiere a las siguientes potestades administrativas:

- 1.ª) investigar “[...] la situación de los terrenos que se presuman pertenecientes a las vías pecuarias”. Esta potestad se considera derecho-deber de las administraciones autonómicas;
- 2.ª) clasificar las vías pecuarias de su competencia;
- 3.ª) deslindarlas;
- 4.ª) el amojonamiento de las mismas, considerado en líneas generales como uno de los trámites del procedimiento administrativo de deslinde de los bienes de dominio público;
- 5.ª) desafectarlas, aunque en algunos casos, como ya se ha dicho antes, queda expresamente prohibido por el especial interés de las vías;
- 6.ª) “cualesquiera otros actos relacionados con las mismas”.

Por otro lado, el artículo 6 amplía estas potestades en referencia a la creación de nuevas vías pecuarias, a la ampliación de las existentes o al restablecimiento de las mismas, siendo estas competencias de las comunidades autónomas en sus territorios respectivos. Además, el artículo 6 añade que estas potestades “[...] llevan aparejadas la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y los derechos afectados”. En el mismo sentido se atiende esta competencia en la Ley 8/1998, de 15 de junio, sobre normas reguladoras de las vías pecuarias de la Comunidad de Madrid en su artículo 4.a) y más concretamente en el artículo 10, en el que

25. *Vid.* la disposición adicional tercera de la citada ley foral.

26. El borrador del anteproyecto de la Ley de vías pecuarias de Castilla y León, en el artículo 3 considera de dominio público a las vías pecuarias que son definidas en el artículo 2 como “[...] las rutas o los itinerarios por

donde discurre o ha venido discuriendo tradicionalmente el tránsito ganadero”.

27. Artículo 3 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, sobre el régimen jurídico de las vías pecuarias.

señala: “Corresponde a la Comunidad de Madrid, en uso de las potestades y las prerrogativas que le conceden las leyes, la recuperación, la ampliación, la conservación, la mejora, la administración, la tutela y la defensa de las vías pecuarias cuyo itinerario discurre por su ámbito territorial [...]”. Los artículos 11 a 24 de dicha ley, en donde se regulan las mismas actividades sobre vías pecuarias referentes a su conservación y defensa que en la ley estatal ya estudiada, con la única diferencia de que en la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid se añade la de señalización en los siguientes términos: “La consejería competente en materia de vías pecuarias procederá a la señalización de las vías pecuarias clasificadas de manera que puedan identificarse adecuadamente, y en especial en las intersecciones con cualquier tipo de viario [...]”. En este mismo sentido la disposición adicional de esta ley regula lo siguiente: “La Comunidad de Madrid, a través de la Consejería competente, procederá a la revisión y la señalización adecuada de todas las vías pecuarias de la Comunidad de Madrid con hitos o mojones de piedra que deberán llevar la indicación ‘Cda’, a fin de lograr la necesaria homogeneización en los criterios de señalización [...]”

La Ley foral 19/1997, de 15 de diciembre, en su artículo 5.e) y f) se refiere a las competencias administrativas forales sobre la conservación de estas vías. La gran diferencia de la regulación de esta ley y las demás citadas es que junto a la conservación de la vía pecuaria en sí también es competencia administrativa la de “[...] otros elementos ambientales o culturalmente valiosos, directamente vinculados a las vías pecuarias, mediante la adopción de las medidas de protección y restauración necesarias”. La competencia se atribuye directamente al Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda.²⁸

Por último, cabe señalar la necesidad de coordinación de competencias entre las administraciones autonómicas competentes y las locales o la estatal, en el caso de que existieran intereses conjuntos de estas administraciones respecto de las vías que estudiamos. Un ejemplo de la necesidad de coordinación competencial es el contemplado por la Ley de Cataluña 9/1991, de 27 de julio, que regula el acceso motorizado al medio natural, en su artículo 3.

5.3. Financiación

La financiación de la conservación de las vías pecuarias corre a cargo de las comunidades autónomas en cuyo ámbito territorial discurren. No obstante, como ocurre en los supuestos antes estudiados, cabe el establecimiento de otros procedimientos de financiación. Efectivamente, cuando, junto al tránsito ganadero, del que los colindantes con la vía pecuaria no tienen por qué verse beneficiados, sino muy al contrario muy frecuentemente se ven perjudicados –especialmente si son terrenos agrícolas–, se dan, como admite la Ley 3/1995, de 23 de marzo, sobre el régimen jurídico de las vías pecuarias, otros destinos complementarios y compatibles con el principal, pudiera ser que los propietarios colindantes de dichos usos resultaran ser los principales beneficiarios, y en ese caso podrían recaer sobre ellos los gastos de su conservación. Por ejemplo, si hubiera que modificar el trazado de la vía por razones de interés general –no se permiten los intereses privados–, la entidad pública que tuviera el interés en esa modificación deberá hacerse cargo de los costes que genere el nuevo trazado y “[...] facilitar a la Comunidad Autónoma de Madrid, con carácter previo, los terrenos sobre los que discurra el mismo”, según el artículo 23 de la citada Ley de vías pecuarias de Madrid.

Si los usos son de los calificados como especiales o privativos, en estos casos se establece la posibilidad de que la comunidad autónoma competente para autorizarlos exija el pago de una tasa. Así lo regula la Ley de vías pecuarias de Madrid en referencia a los usos comunes especiales, en el artículo 33.4,²⁹ o en cuanto al tránsito por vías pecuarias de vehículos motorizados de uso no agrícola, según el artículo 36,³⁰ por ocupación de la vía pecuaria para la realización de una obra pública, ocupación que no podrá exceder de un año, según el artículo 37,³¹ por otras ocupaciones temporales a las que se refiere el artículo 38.³²

Resulta muy interesante el artículo 44 de la Ley de vías pecuarias de la Comunidad de Madrid, por el hecho de que preceptúa un carácter finalista de las cantidades percibidas por la Administración con motivo de las cir-

28. Vid. el artículo 24 de la ley foral citada en el que se señala que “[...] la gestión de la Red de Vías Pecuarias de Navarra compete al Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda”.

29. Este precepto establece una tasa para tales usos: “En contraprestación al uso y el aprovechamiento especial del dominio público que permiten estas autorizaciones, habrá de satisfacerse la tasa que proceda de conformidad a lo previsto en la legislación tributaria autonómica. No obstante, podrá establecerse una tasa inferior para aquellas zonas en que según el Plan de uso y gestión sea conveniente incentivar y favorecer estas actividades”.

30. Véase el artículo 4 del citado precepto, que en el número 4 señala: “En contraprestación al aprovechamiento especial del dominio público que permiten estas autorizaciones, habrá de satisfacerse la tasa que proceda de conformidad con la legislación tributaria autonómica [...]”.

31. El número 7 del artículo 37 preceptúa: “Como contraprestación a la utilización de la vía pecuaria habrá de satisfacerse la correspondiente tasa, de conformidad con lo establecido en la legislación tributaria autonómica. Igualmente podrán establecerse las garantías suficientes que aseguren la reposición de la vía pecuaria a su estado originario [...]”.

32. El artículo 38.1 señala: “Excepcionalmente y mediante concesión administrativa previamente otorgada al efecto podrá autorizarse la ocupación temporal de las vías pecuarias, cuando así lo exija inexcusablemente la realización de una obra, actividad de interés general, o para la instalación de servicios públicos, cuyas conducciones, tuberías, cables o líneas hayan de discurrir o cruzar por las vías pecuarias [...]”. El número 4 exige la compatibilidad de estas concesiones con la continuidad del tránsito ganadero y de los demás usos comunes.

cunstancias antes descritas. Efectivamente, “[...] todas las cantidades percibidas en concepto de otorgamiento de autorizaciones y concesiones, sanciones, enajenaciones, permutas, modificaciones de trazado y cualquier otra percibida en virtud de las previsiones de esta ley, se destinarán a la conservación, vigilancia y mejora de las vías pecuarias”.

No obstante, aunque los gastos para la conservación y la defensa de las vías pecuarias correrán a cargo de las comunidades autónomas –tal y como ya hemos señalado–, el artículo 3.2 de la Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo, sobre el régimen jurídico de las vías pecuarias, especifica la posibilidad de ayudas económicas y técnicas por parte del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Además de lo anteriormente establecido, hay que hacer una referencia a los gastos de la conservación de las vías pecuarias producidos por causas sancionables. La reparación de los daños correrá a cargo de los sancionados, previo el correspondiente procedimiento sancionador. Todas las normas vigentes sobre vías pecuarias coinciden en este punto,³³ y ello sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso proceda, tal como establece el artículo 51 de la Ley 8/1998, de 15 de junio, sobre normas reguladoras de las vías pecuarias de la Comunidad Autónoma de Madrid.³⁴ ■

33. *Vid.* los artículos 20 de la Ley estatal de vías pecuarias y el 23 de la ley foral citada. Asimismo *vid.* el artículo 34 de la ley catalana que regula el acceso motorizado ya citada.

34. El número 3 del artículo 51 citado señala: “En la propia resolución que ponga fin al expediente sancionador o cuando ello no fuera posible, en la que ponga fin al procedimiento independiente abierto al efecto, se fijarán el plazo y los elementos precisos para restaurar la vía pecuaria a su estado originario; advirtiendo al infractor que de no cumplirlo se procederá, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa a través de los medios previstos en el artículo 20 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, y en los términos que reglamentariamente se regulen.

“En el supuesto de ejecución subsidiaria por parte de la Administración, la liquidación de los gastos correspondientes podrá realizarse provisionalmente, a reserva de la liquidación definitiva; en todo caso, se dará audiencia al interesado en el procedimiento de liquidación y el importe resultante se podrá exigir por el procedimiento administrativo de apremio [...]”

En el número 4 se prevé la posibilidad de exigir indemnizaciones a los causantes de los daños: “[...] cuando la reparación no fuera posible en ninguna de las formas previstas en los apartados anteriores y siempre que subsistan daños irreparables o se hayan causado perjuicios, se exigirá a los responsables las indemnizaciones que procedan, cuyo importe podrá determinarse o en el mismo procedimiento sancionador o en un procedimiento independiente instruido tras la conclusión del anterior. En la resolución por la que se fije se indicará también el plazo para hacerla efectiva voluntariamente el obligado, transcurrido el cual podrá serlo por el procedimiento administrativo de apremio”.

La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad¹

Marcos Vaquer Caballería
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

1. Introducción.
2. La naturaleza jurídica de la Carta y su inserción en el sistema de fuentes del derecho local.
3. Las determinaciones de la Carta y el principio de legalidad de las administraciones públicas.
 - 3.1. La reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos reconocidos en el capítulo II del título I de nuestra Constitución.
 - 3.2. La disolución de los conflictos aparentes con la primacía de la ley.
4. La eficacia normativa y la aplicación de los derechos proclamados en la Carta.

1. Texto de la ponencia presentada por el autor en el seminario "La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad y la democracia local", organizado por la Diputación de Barcelona y el Institut de Drets Humans de Catalunya, celebrado en Barcelona el 24 de octubre de 2001.

El texto de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad puede consultarse en la página web www.bcn.es/ciutatsdretshumans/esp/bienv1.htm.

1. Introducción

Es un lugar común que vivimos una época de crisis del Estado-nación heredado de la Edad Moderna, que se había afirmado frente al universalismo del Imperio y del Papado y frente al localismo señorial. Dicho Estado languidece hoy, de un lado, entre nuevas formas de universalismo (bajo el nuevo paradigma de la globalización auspiciado por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que desde luego no se circunscribe a las relaciones económicas, y que alcanza en particular a los poderes públicos, multiplicándose los de carácter internacional o supranacional) y de localismo (los entes regionales y locales).² Uno y otro fenómeno (universalismo y localismo) que, lejos de ser contradictorios, son complementarios y se retroalimentan recíprocamente,³ conforme a la máxima que ha hecho fortuna en nuestros días: *think globally, act locally*.

Se comprende, así, que los poderes o los entes locales deban adaptar el ejercicio de sus competencias y, en definitiva, su gestión en su más amplio sentido (normativa y ejecutiva) al entorno globalizado en que hoy se mueven. Ello no es más que una exigencia del principio de eficacia que de ellos, como de cualesquiera administraciones públicas, demandan la sociedad y nuestra Constitución (artículo 103.1 de la CE). En nuestro Estado social y democrático de derecho, los poderes públicos no sólo requieren la legitimidad de origen que otorga el principio democrático, sino también la legitimidad de ejercicio que proporciona la eficacia. Y en el entorno globalizado de que hablamos, tanto la democracia como la eficacia adquieren una dimensión transnacional⁴ que no cabe soslayar: en el ámbito local, en particular, la vecindad se hace transnacional⁵ (y no sólo eso: también multiétnica y multicultural) y los nuevos modelos de gestión de los servicios locales se ensayan en ciudades muy lejanas, pero

que cada vez comparten más los mismos problemas de las nuestras.

En este contexto, sabido es que la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales (artículo 149.1.3 de la CE) no ahoga ni puede ahogar el desarrollo de actuaciones y relaciones que trascienden al ámbito territorial estatal por parte de las comunidades autónomas y los entes locales. En el caso de estos últimos, así viene asegurado por el artículo 10.3 de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (ratificada por España mediante el Instrumento de 20 de enero de 1988), que reconoce a las entidades locales el derecho de cooperar, en las condiciones que eventualmente prevea la ley, con las de otros estados. Como observa Parejo Alfonso,⁶ dichas relaciones serán lícitas siempre y cuando: *a)* no pasen de ser una proyección exterior de las competencias del ente de que se trata, y *b)* se desarrollen con lealtad institucional, sin invadir el campo competencial reservado al Estado *ex* artículo 149.1.3 de la CE citado (que el autor concreta en un núcleo “duro” de las relaciones internacionales, consistente en el *ius ad tractatum*, el *ius legationis*, la dirección de la política exterior y la responsabilidad internacional).

Éste es justamente, según creo, el espíritu que anima la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad:⁷ la conexión íntima existente entre el universalismo (al menos vocacional) de los derechos humanos y la proximidad a la persona de los entes locales. Porque lo que distingue o caracteriza a los entes locales en el conjunto de los entes territoriales del Estado es, precisamente, su proximidad al ciudadano, concepto que utilizan la Carta Europea de la Autonomía Local (artículo 4.3) y nuestra Ley reguladora de las bases del régimen local (artículo 2.1). Desde esta perspectiva, los entes locales están llamados a ocupar un claro protagonismo en la promoción de la efectividad de los derechos de la persona, sobre todo de aquellos socioe-

2. Tanto es así que se ha llegado a afirmar, de forma acaso excesiva pero desde luego sugerente, que vivimos una nueva Edad Media. *Vid.* Eco, Umberto [et. al.], *La nueva Edad Media*, 1.ª edición, 2.ª reimpresión, Madrid: Alianza, 1990.

3. Jordi Borja y Manuel Castells, con la colaboración de Mireia Belil y Chris Benner, proponen ya desde la misma “introducción general” de su famoso *Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información* (5.ª edición, Madrid: Taurus, 2000) “la construcción de una relación dinámica y creativa entre lo local y lo global” como verdadero *leitmotiv* de su trabajo.

4. En esta ponencia se usa este adjetivo “transnacional” —que tomo de Luciano Parejo Alfonso (*Las relaciones transnacionales de los municipios*, en VV.AA., XXI Congreso Iberoamericano de Municipios: Cooperación intermunicipal para el fortalecimiento de la democracia local, Valladolid, 1992, pp. 823 y ss.), quien a su vez remite a Tierno Galván y P. Jessup— y no el más tradicional de “internacional” porque una cosa son las relaciones *inter-nacionales*, cuyos sujetos típicos y originarios son los estados, y otra las relaciones *trans-nacionales*: en nuestro caso, relaciones intermunicipales de ámbito transnacional. Las primeras se insertan plenamente en la lógica de los estados-nación, mientras que las segundas la trascienden. A lo largo del texto se darán algunas muestras de cómo tanto nuestro derecho constitucional interno como el derecho internacional aconsejan, hoy por hoy, mantener esta precisión diferenciadora.

5. Este planteamiento contribuye a explicar la aparente paradoja de que la ciudadanía europea haya empezado a construirse, por lo que al derecho de sufragio se refiere, en el nivel local. El Tratado de Maastricht, en efecto, introdujo en el Tratado de la Comunidad Europea su actual artículo 19.1 de la versión consolidada, por cuya virtud “todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”, lo que, como es sabido, provocó la modificación del artículo 13.2 de nuestra Constitución.

6. *Op. cit.*, pp. 829-835.

7. La Carta fue firmada el 18 de mayo de 2000 en Saint-Denis, Francia, por un buen número de ciudades europeas, de entre las cuales una veintena de españolas que incluyen a ocho capitales de provincia, cuatro además de comunidad autónoma y una, la capital del Estado. Son Alcalá de Henares, Alcobendas, Almería, Badalona, Barcelona, Cerdanyola del Vallès, Donostia-San Sebastián, Esplugues de Llobregat, Gernika-Lumo, Girona, Granollers, Irún, L'Hospitalet de Llobregat, Las Casas de San Juan, Lleida, Madrid, Mollet del Vallès, Móstoles, Sabadell, Santa Coloma de Gramenet, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla y Utrera.

conómicos y de tercera generación requeridos de una prestación de los poderes públicos. Es en el ámbito local o de la ciudad donde está en juego, en su mayor medida, la procura existencial de la persona. De ello no se ocupan comúnmente las fuentes tradicionales (internacionales y estatales) de los derechos humanos, laguna que cubre esta Carta Europea y, en particular, su parte III, titulada justamente “Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de proximidad”.

2. La naturaleza jurídica de la Carta y su inserción en el sistema de fuentes del derecho local

La Carta está llamada a ser firmada por un número de “ciudades” o municipios, entre los cuales algunos españoles. La firma de los representantes o los mandatarios de las ciudades está sujeta a la posterior ratificación por el Pleno Municipal (disposición adicional quinta de la Carta), que constituye el acto definitivo de prestación del consentimiento por parte del municipio o, en otros términos, de celebración del acuerdo transnacional por lo que a él respecta.

La ratificación no produce, sin embargo, de suyo, la inserción de la Carta en el sistema de fuentes del derecho municipal de que se trate. Con ella, la Carta no adquiere la naturaleza de fuente del derecho interno, sino sólo de fuente de obligaciones (como convenio que es de carácter interadministrativo y ámbito transnacional) para el ayuntamiento. La primera o principal de dichas obligaciones es, por ello, la del apartado segundo de su disposición final: incorporar al ordenamiento local sus principios y sus normas.

Lo que no especifica ya la Carta es cómo puede o debe producirse dicha incorporación. E importa destacar ante todo que la Carta no es un tratado internacional a los efectos de lo dispuesto en el capítulo III del título IV de nuestra Constitución, porque los municipios no son sujetos del derecho internacional,⁸ sino que lo son los estados en que se integran, capacidad que, a los efectos del derecho interno, reserva la Constitución al Estado en sentido estricto, esto es, al ente territorial superior de nuestro Estado complejo. Por ello el capítulo mencionado de nuestra norma fundamental sólo alude al Gobierno y a las Cortes Generales a propósito de la prestación del consentimiento por nuestro Estado. Importa destacar esto porque, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución, los tratados internacionales son, en cuanto tales, una fuente *sui generis* del ordenamiento interno desde su publicación oficial en España.

No ocurre otro tanto con esta Carta, porque el sistema de fuentes de nuestro derecho local no contempla algo similar: sólo se integran en el mismo la legislación estatal o autonómica de régimen local, de un lado, y, de otro, las ordenanzas y los reglamentos locales.⁹ Luego, la Carta, para integrarse en dicho sistema, deberá adoptar una de dichas formas y, supuesto que se trata aquí de un convenio celebrado por los propios municipios, éstos deberán incorporarla a su ordenamiento propio mediante el dictado de una o más ordenanzas, según opten por una integración “concentrada” (en una ordenanza que incorpore el texto de la Carta como tal o desarrollado) o “difusa” (incorporando sus mandatos a las sucesivas ordenanzas que regulen los derechos de los vecinos y los servicios municipales sectoriales).

3. Las determinaciones de la Carta y el principio de legalidad de las administraciones públicas

Ante todo, conviene insistir que la Carta no es, *per se*, fuente del derecho local en los municipios que la han ratificado, ni puede en consecuencia provocar un conflicto de fuentes sino desde su integración en el ordenamiento local mediante una o más ordenanzas. Sólo desde entonces cabría cuestionarse la legalidad de tales ordenanzas, problema cuyo estudio puede hacerse desagregando las dos facetas del principio de legalidad: la reserva de ley y la primacía de la ley.

3.1. La reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos reconocidos en el capítulo II del título I de nuestra Constitución

Varios de los derechos proclamados en la Carta coinciden por su objeto con derechos consagrados en el capítulo II del título I de la Constitución española. Así, por ejemplo, la libertad de conciencia y religiosa del artículo III se contiene también en el artículo 16 de la CE, el derecho a la participación política del artículo VIII se corresponde con el derecho del artículo 23 de la CE, los derechos de asociación, de reunión y de manifestación (artículo IX) tienen acomodo en los artículos 21 y 22 de

8. Lo que no quiere decir que no puedan entablar relaciones transnacionales (o internacionales *lato sensu*), por supuesto, sino que no tienen subjetividad internacional en sentido técnico-jurídico. Vid. DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 12.^a ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. 217 y ss; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Las relaciones...*, *op. cit.*, Éste de la subjetividad internacional es, en todo caso, un concepto lábil y tendente a la apertura.

9. Aparte del bando del alcalde, cuya naturaleza de disposición general es discutida y, en todo caso, limitadísima. Véanse los artículos 20 y 84.1 de

la LBRL, 55 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril) y 5 y 7 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (Decreto de 17 de junio de 1955). En la doctrina, por todos, EMBID IRUJO, Antonio, *Ordenanzas y Reglamentos municipales*, en MUÑOZ MACHADO, Santiago, dir., *Tratado de derecho municipal*, tomo I, Madrid, Civitas, 1988, pp. 403-404.

la CE, todos ellos por lo que se refiere a la sección 1.^a de dicho capítulo constitucional, del mismo modo que, ya en relación con su sección 2.^a, el derecho al trabajo del artículo XIV tiene su correlato en el artículo 35 de la CE.

Esto supuesto, cabría plantearse si los municipios signatarios, al incorporar a su ordenamiento local una Carta inclusiva de unos y otros derechos, no estarían violando las reservas de ley orgánica y ordinaria contenidas, respectivamente, en los artículos 81.1 y 53.1 de la CE. A mi juicio, en realidad no se produce ese conflicto con la economía del sistema de fuentes establecida en nuestra Constitución, básicamente por dos razones:

a) En primer lugar, porque éste es un falso problema. La Constitución no reserva a ley cualesquiera afectaciones a los derechos del capítulo II de su título I, sino sólo “el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, esto es, de los de la mentada sección 1.^a y, en general para todos los del capítulo, la regulación de su ejercicio. No podía ser de otro modo por cuanto dichos derechos vinculan por igual a todos los poderes públicos (artículo 9.1 de la CE) y todos ellos deben contribuir a promover su efectividad (artículo 9.2 de la CE), cada uno lógicamente en el marco de sus competencias y hasta el límite de su capacidad, esto es, de las potestades de que sea titular.

Sabida es la interpretación estricta que a las expresiones constitucionales de reserva legal ha dado nuestro Tribunal Constitucional,¹⁰ que permite sostener que la Carta que nos ocupa ni “desarrolla” ni “regula el ejercicio” de los derechos constitucionales reservados. Porque, como se observa en su lectura, no hay en ella delimitación del contenido de tales derechos, sino más bien:

1) Pleno reconocimiento de éstos y de su configuración en otros instrumentos, que tienen rango legal o supralegal (empezando por la Constitución española y los tratados que inspiran su interpretación según lo dispuesto en su artículo 10.2), de los que da cumplida cuenta en la declaración que precede a su articulado,

afirmando, además, que “se aplican a los habitantes de las ciudades como a cualquier otra persona”.

2) Su acompañamiento por otros derechos no afectados ya por reserva legal alguna, ya sean los que también tienen acomodo en nuestra Constitución pero en el capítulo III del título I, como ocurre con los derechos a la salud y el ocio (artículo 43 de la CE), la cultura (artículo 44 de la CE), el medio ambiente (artículo 45 de la CE) o la vivienda (artículo 47 de la CE); ya los que tienen por objeto bienes tales como “un urbanismo armonioso y sostenible” o “la circulación y la tranquilidad en la ciudad” que, aunque no se proclamen expresamente como tales en nuestra Constitución, tienen como fundamento el valor constitucional de la calidad de vida y pueden incluso reconducirse al bloque ambiental de los artículos 45 a 47 de la CE, en el caso del segundo citado en combinación con la libertad de circulación de todos (artículo 139.2 de la CE) y con el derecho a la integración de los disminuidos físicos (artículo 49 de la CE).

3) El establecimiento de las garantías o las medidas de acción pública local que se estiman necesarias para su cumplimiento y mejor efectividad en el ámbito local, que es en realidad donde se encuentra el contenido más innovador y comprometido de la Carta.

Desde esta perspectiva, podemos incluso afirmar que la Carta presenta una fisonomía más próxima a la de una *carta de servicios*, que inevitablemente –como todas– toma pie en los derechos de los ciudadanos, que a la propia de una *carta de derechos*.¹¹

b) Adicionalmente porque, como tiene establecido la doctrina más progresiva en la materia,¹² las reservas de ley deben ser interpretadas más laxamente en los ámbitos materiales de la competencia local, donde deben coexistir con la garantía institucional de la autonomía local. Dicha garantía incluye en su núcleo esencial o imagen característica una autonomía normativa¹³ en favor de los entes locales que, como se ha dicho, carecen de potestad legislativa, pues son entes enteramente administrativos, aunque dotados de legitimidad demo-

10. Según la jurisprudencia reiterada por la STC 173/1998, de 23 de julio, “lo que está constitucionalmente reservado a la ley orgánica es la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades”, esto es, sólo lo que quepa considerar “el desarrollo directo del derecho fundamental en abstracto”. Y en cuanto a la reserva del artículo 53.1 CE, sabido es, conforme a esta jurisprudencia, que prohíbe la deslegalización de la materia pero no la colaboración de las normas reglamentarias con la ley en su regulación.

11. Nótese que el instrumento no se titula “Carta Europea de Derechos Humanos”, sino justamente “Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad” (la cursiva es mía): porque, como digo, su énfasis no se pone tanto en la proclamación y regulación de nuevos derechos humanos (que en su totalidad están ya proclamados en instrumentos internacionales e internos o pueden construirse interpretativamente sobre su base, y cuyo contenido no delimita propia o técnicamente) cuanto en sus implicaciones y los mecanismos de su salvaguarda en un entorno socio-económico, político, cultural y jurídico específico, como es el de la “ciudad”.

12. En esta orientación general (aunque dándole diverso alcance) se sitúan, por ejemplo, BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid: Civitas, 1991, pp. 147 y ss., NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 2.^a ed., Madrid: Tecnos, 1994, pp. 119 y ss., PAREJA I LOZANO, Carles, “Autonomía y potestad normativa de las corporaciones locales”, en *Revista de Administración pública*, 138, septiembre-diciembre de 1995, pp. 121-123 y 127 y ss., PAREJO ALFONSO, Luciano, *La potestad normativa local*, Madrid: Diputación de Barcelona-Marcial Pons, 1998, pp. 56 y ss., y BLASCO DÍAZ, José Luis, *Ordenanza municipal y Ley*, Madrid: Diputación de Castellón-Marcial Pons, 2001, pp. 129 y ss.

13. De hecho, esta manifestación –el poder de dotarse de un ordenamiento propio aunque incardinado en un ordenamiento superior– ha sido elevada por la doctrina italiana desde Santi Romano a la quintaesencia misma del concepto de autonomía. No en vano la potestad reglamentaria, junto con la de autoorganización, es la primera de las listadas en el artículo 4.1 LBRL como correspondientes en todo caso a la calidad de administraciones públicas de carácter territorial de los municipios, las provincias y las islas.

crática propia. Esta dualidad –naturaleza puramente administrativa, de un lado, pero, de otro, democrática y autónoma– de los entes locales invita, en cuanto a lo primero, a aplicarles el principio de *legalidad* de la Administración con todo rigor en su manifestación de *primacía de la ley* (en virtud del principio de jerarquía normativa), donde la ley actúa como parámetro de vinculación negativa,¹⁴ pero también, en cuanto a lo segundo, de forma necesariamente modulada en su manifestación de *reserva de ley*, donde ésta actúa como parámetro de vinculación positiva: en las materias de interés local, la ley no sólo puede, sino que debe dejar un cierto margen de decisión o de libre configuración normativa a la potestad reglamentaria local, pues de lo contrario podría producirse un vaciamiento de su autonomía normativa, además de un desprecio hacia su representatividad democrática. Aunque la jurisprudencia dominante sigue siendo reticente a admitir modulación alguna de la reserva de ley en el ámbito local, no faltan excepciones, a las que últimamente se ha sumado, siquiera sea tímida e incidentalmente, la autoridad del Tribunal Constitucional.¹⁵

3.2. La disolución de los conflictos aparentes con la primacía de la ley

Algunos de los derechos reconocidos en la Carta tienen un contenido y/o un ámbito subjetivo de aplicación que puede extravasarse literalmente los de la legislación en la materia. Acaso el ejemplo más vistoso de ello se encuentre en el artículo II.1 de la Carta, según el cual los derechos en ella enunciados “se reconocen a todas las personas que viven en las ciudades signatarias, independientemente de su nacionalidad”, lo que, puesto en relación con el derecho a la participación política de su artículo VIII, o con el de asociación, de reunión y de manifestación de su artículo IX, pudiera suscitar dudas de conformidad con la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante, LE).

De nuevo, el conflicto es más aparente que real. Porque obvia decir que la Carta, y las ordenanzas que puedan dictarse para su cumplimiento, deben interpretarse a la luz del sistema de distribución competencial y

de fuentes que rige en nuestro sistema constitucional y, en la medida de lo posible, de conformidad con él. De acuerdo con dicha distribución y a los efectos que aquí importan, quedan dibujadas en nuestro ordenamiento dos nociones de ciudadanía,¹⁶ dos *status civitatis* que es preciso diferenciar para no hacer juicios precipitados sobre la Carta:

a) El estatus de “ciudadano” como administrado, esto es, el individuo como sujeto de relaciones jurídicas con la Administración, donde el término ciudadano ha tendido a sustituir al más tradicional de administrado por evocar este último a un estatus meramente pasivo frente al poder público, superado en un Estado social y democrático frente al cual el individuo es titular de situaciones activas, no sólo reaccionales, sino también prestacionales y de participación. En lo que aquí interesa, que son las situaciones jurídicas frente a la Administración local, esta noción recupera todo su sentido primigenio, pues ciudadano es el habitante de la ciudad, en su acepción originaria y etimológica, que es la utilizada en la Carta. Ciudadano, en definitiva, equivale aquí al vecino en la terminología de la legislación local.

b) El estatus de “ciudadano” como nacional de los artículos 11 a 13 de la Constitución española, contrapuesto semánticamente al de extranjero (no ya tanto jurídicamente, donde la residencia equipara en muchos derechos y deberes al extranjero con el nacional).

Ambas acepciones se mueven en sendos planos legislativos y competenciales diversos, y la Carta sólo busca innovar o integrarse en el primero, con pleno respeto por el segundo. En efecto, la Carta extiende su ámbito subjetivo de aplicación a las personas “que viven en las ciudades signatarias”, criterio fáctico cuya traducción jurídica interna podría buscarse en el de la vecindad administrativa definido en el artículo 15 de la LBRL, habida cuenta que también la condición de vecino se fundamenta en el dato de “vivir” o residir habitualmente en un municipio, si bien su adquisición se condiciona al acto jurídico del empadronamiento. Pues bien, la propia LBRL opera en su artículo 18.2 un claro deslinde entre los dos planos a que me he referido antes, cuando advierte que la condición de vecino “no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigen-

14. Así lo exige con meridiana rotundidad el artículo 55 del Texto refundido de régimen local, ya citado, cuando prescribe que las ordenanzas, los reglamentos y los bandos “en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes”.

15. La Sentencia 233/1999, de 13 de diciembre, dictada en materia de haciendas locales (la misma de la Sentencia 179/1985, de 19 de diciembre, cuya doctrina matiza sin embargo claramente), advierte ya en su FJ 10 que “en virtud de la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la corporación, es preciso que la ley estatal atribuya a los acuerdos dictados por éste (así, los acuerdos

emanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza) un cierto ámbito de decisión [...]. Es evidente, sin embargo, que este ámbito de libre decisión a los entes locales –desde luego, mayor que el que pudiera relegarse a la normativa reglamentaria estatal–, no está exento de límites”.

16. Sobre las acepciones del concepto de ciudadano, ciertamente anfibológico, en general vid. EMBID IRUJO, Antonio, *El ciudadano y la Administración*, Madrid: MAP, 1994, pp. 24 y ss., y PAREJO ALFONSO, Luciano, *El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación*, en VV.AA., *Administraciones públicas y Constitución*, Madrid: INAP, 1998, pp. 554 y ss.

te, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”.

Veamos ahora, a la luz de lo expuesto, si existe o no colisión de la Carta con la legislación española a través de los ejemplos antes propuestos.

Así, en primer lugar, en materia de participación política –en la que confluyen ambos planos en el ámbito local¹⁷ la Carta no proclama sin más el derecho de sufragio de los extranjeros, como pudiera hacer entender el número 1 del artículo VIII, porque inmediatamente su número 2 precisa que sólo quedan los municipios obligados a adoptar una política activa en favor de la extensión de dicho sufragio a los no nacionales con un periodo de residencia mínima de dos años (artículo VIII.2). Ningún conflicto puede haber, por naturaleza, entre dicha determinación de *lege ferenda* y la *lege data* electoral y de extranjería: bien al contrario, es precisamente la existencia de la segunda la que dota de sentido a la primera.

La misma interpretación sistemática y, en su virtud, conforme con los artículos 7 y 8 de la LE puede hacerse de los derechos de asociación, reunión y manifestación abiertamente proclamados en el artículo IX de la Carta: dicha proclamación no entra en conflicto con la Ley orgánica de extranjería española, sino que más bien su silencio sobre las condiciones de ejercicio de dichos derechos debe entenderse como una remisión implícita a las reglas legales dictadas en los estados a que pertenecen los municipios signatarios. En España, por tanto, el ejercicio de dichos derechos queda condicionado a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España. Esto, por lo que hace a las potestades de intervención administrativa sobre el ejercicio de dichos derechos que, por lo demás, no corresponden a los municipios.

Ahora bien, el fomento de la “vida asociativa” o la oferta municipal de “espacios públicos para la organización de reuniones abiertas y encuentros informales” (espacios que no tienen, además, por qué ser “lugares de tránsito público” a los efectos de los artículos 21.2 de la CE y 7.2 de la LE), queda ya más allá de lo que es propiamente la delimitación de tales derechos y libertades para los extranjeros y del régimen legal de su intervención administrativa, y se sitúa de lleno en el plano de la relación jurídico-administrativa entre municipio y administrado o vecino, de modo que creo que entra dentro de la capacidad de los municipios el abrirlo a cuales-

quiera ciudadanos, pues a ellos cumple ordenar y ejecutar las políticas locales de integración social de los extranjeros en la ciudad.

4. La eficacia normativa y la aplicación de los derechos proclamados en la Carta

En un momento anterior se ha llegado a la conclusión de que la Carta está llamada a integrarse en el sistema de fuentes del derecho local en los municipios que la ratifiquen. Ahora bien, por su misma textura normativa, los preceptos que se contienen en ella tienen una eficacia principal. En efecto, la mayoría de “derechos” proclamados en la Carta constituyen en realidad principios, esto es, normas de segundo grado (normas de normas): en unos casos, son mandatos objetivos dirigidos genéricamente a las “ciudades” o a las “autoridades municipales”; en otros, cuando adoptan propiamente la forma de situaciones subjetivas o “derechos”, su contenido se expresa igualmente mediante conceptos amplia y voluntariamente indeterminados¹⁸ y, en consecuencia, no está suficientemente configurado como para soportar *per se* una acción, de forma similar a cuanto ocurre, por ejemplo, con los “derechos” del capítulo III del título I de la Constitución española.

Por otro lado, como fuente del derecho que están llamados a ser, van a integrarse en un subordenamiento jurídico como es el ordenamiento local de los municipios de que se trata: constituirán, por tanto, un nuevo elemento de un sistema normativo. Un sistema se define por la suma de sus elementos y de las relaciones que los enlazan, donde la introducción o la innovación de una parte altera el todo. Los ordenamientos municipales de que se trata quedarán desde luego innovados desde la integración en ellos de la Carta, lo que en absoluto carece de relevancia.

Como también ocurre con los mencionados derechos/principios del capítulo III del título I de la Constitución española, la eficacia de estos preceptos consistirá cabalmente en informar en lo sucesivo la actividad (normativa y ejecutiva) del municipio y su aplicación o control judicial. Desde esta óptica, su virtualidad no puede ser ignorada. Así, por ejemplo, puede recordarse que el artículo 18.1.g) de la Ley de bases de régimen local otorga a los vecinos acción para “exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir

17. En este concreto punto y ámbito confluyen, en efecto, los dos planos a que vengo refiriéndome porque, siendo democráticamente representativa la Administración local, el sufragio universal directo en las elecciones municipales es, a un tiempo, un derecho cívico (artículo 23 de la CE) y un derecho vecinal [artículo 18.1.a) de la LBRL]. De ahí que, aunque con carácter general, esté reservado el sufragio a los nacionales, se amplíe su ámbito subjetivo en el caso de las elecciones municipales (artículo 13.2 de la CE).

18. Los conceptos jurídicos indeterminados se definen, precisamente, por la nota de que la medida concreta para su aplicación en un caso particular no la resuelve o determina la propia fuente que los ha creado o los utiliza (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.ª ed., Madrid: Civitas, 1983, p. 34. Con mayor amplitud, puede verse SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid: Civitas, 1976).

una competencia municipal propia de carácter obligatorio". Pues bien, evidentemente la Carta no amplía ni altera en modo alguno las competencias propias de los municipios, pero sí que sirve de parámetro interpretativo (acumulado desde luego a otros, algunos jerárquicamente superiores, empezando por el artículo 26.1 de la propia Ley de bases de régimen local) para establecer qué servicios públicos, en el marco de dichas competencias, son obligatorios. En este caso, por autoimposición de la obligación por el Ayuntamiento en ejercicio de su capacidad para cerrar convenios interadministrativos de ámbito transnacional. ■

La sección "Informes de las asesorías jurídicas de los entes locales" publica informes aportados por los servicios jurídicos de las diputaciones provinciales, los cabildos y los consejos insulares que forman parte de la Fundación Democracia y Gobierno Local, y de los que han suscrito convenios de colaboración con la Fundación a los efectos de participar en actividades que desarrolla y, de manera especial, en la publicación y la difusión de esta revista.

La finalidad de la sección es dar publicidad a la solución de cuestiones concretas planteadas respecto de asuntos en los que deben dictaminar los servicios jurídicos de los entes locales a que hemos hecho referencia. Para valorar la importancia de esa publicidad debe recordarse que los entes locales de segundo grado son titulares de la competencia de asistencia jurídica y técnica a los municipios, que se concreta, entre otros muchos aspectos, en la emisión de informes y dictámenes concretos. La eficacia de esa asistencia, una vez satisfecho su objeto principal de apoyar al municipio concreto, se potencia dando publicidad a los informes realizados sobre cuestiones concretas de interés para el conjunto de los entes locales o que aportan criterios de interpretación jurídica de interés para la actividad de éstos.

La sección incorporará progresivamente los informes de los servicios jurídicos de los municipios u otros entes locales que suscriban convenios de colaboración con la Fundación Democracia y Gobierno Local.

Particularidades del contrato de gestión de servicios públicos. En especial su regulación en el ámbito local¹

Pedro Luis Martínez Pallarés
Letrado asesor
de la Diputación Provincial de Zaragoza

1. Reflexiones sobre las fuentes

En un Estado compuesto como el español, con una profusa diversidad de centros de producción normativa, la identificación de las normas que son de aplicación adquiere un particular relieve para el operador jurídico.

El contrato de gestión de servicios públicos locales no es una materia que constituya una excepción a la regla general expuesta. Antes al contrario, en la determinación de su régimen sustantivo concurren diversos niveles territoriales, como consecuencia de la aplicación de la técnica “bases-desarrollo”, dada la naturaleza de competencia compartida que la materia posee por la disposición del artículo 149.1.18 de la CE.

A ello se debe añadir que el objeto de nuestro estudio va a circunscribirse al contrato de gestión de servicios en el ámbito de nuestras administraciones locales, materia ésta sobre cuya regulación nuevamente es de aplicación la técnica “bases-desarrollo”, dada la naturaleza compartida que asimismo tiene la materia “régimen local”, *ex* artículo 149.1.18 de la CE.

Como consecuencia de ello centraremos nuestra atención en las disposiciones que al respecto establecen los artículos 154 a 170 del TRLCAP (Real decreto ley 2/2000, de 16 de junio), en cuanto que legislación de aplicación general a todas las administraciones públicas, si bien no tienen la condición de básicos el artículo 159.2.c), último inciso del primer párrafo, el artículo 163, el artículo 165, el artículo 166, el artículo 167, el artículo 168 y el artículo 169.2 y 4. Junto a ello analizaremos asimismo los artículos 180 a 186 del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, de carácter básico salvo el artículo 186, relativo a las actuaciones en los supuestos de intervención del servicio.

Asimismo, dado que depositamos nuestro interés en las especialidades del servicio público en el ámbito de las administraciones locales, también será de aplicación y análisis lo preceptuado en el artículo 88 de la LRBRL y en los artículos 111 a 125 del TRRL, si bien éstos últimos

no gozan de carácter básico,² y han sido objeto de modificación por el TRLCAP y de desplazamiento por la legislación autonómica sobre régimen local, allí donde se haya dictado. En todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en el TRLCAP y en la LRBRL y el TRRL serán de aplicación los artículos 102 a 155 del Decreto de 15 de junio de 1955, Reglamento de servicios de las corporaciones locales, sin olvidar que las comunidades autónomas que cuenten con competencia para ello han podido aprobar, y *de facto* algunas lo hecho, normas relativas tanto al régimen local como a la contratación de las administraciones públicas, mediante la técnica normativa “bases-desarrollo” anteriormente referida, que ha podido producir su desplazamiento.

En este último sentido debe destacarse, por su vocación sistemática y omnicompreensiva del régimen local, que: la Comunidad Autónoma de Cataluña ha aprobado la Ley 8/1987, de régimen local, y el Reglamento de obras, actividades y servicios de 1995; la Comunidad Autónoma de Navarra ha aprobado la Ley 6/1990, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra, y la Comunidad Autónoma de Aragón ha aprobado la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, y el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón; todas ellas con directa incidencia en la materia que nos ocupa, y que van a desplazar los preceptos del TRRL y del RS, en su caso.

2. Criterios para la calificación del contrato como de gestión de servicio público

2.1. A vueltas con el servicio público

El artículo 154 del TRLCAP establece: “1.) Los contratos mediante los que las administraciones públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio. 2.) No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de las administraciones o de un ente público de la misma.”

El objeto del contrato debe radicar sobre la gestión de un servicio público. Desde un punto de vista conceptual y dogmático, el problema radica en la determinación del

1. Este trabajo es una versión ligeramente modificada y anotada de la ponencia que sobre “Particularidades del contrato de gestión de servicios públicos” expuse en el Curso sobre contratación administrativa, organizado por la FEMP y el Instituto de Estudios Fiscales, celebrado en Madrid los días 8 y 9 de octubre de 2002.

2. Recordar la STC 385/1993, de 23 de diciembre, de directa incidencia en la materia que nos ocupa.

concepto de servicio público, máxime en un momento como el actual de gran innovación y transformación tecnológicas y de inmersión en un ordenamiento jurídico que, como el comunitario, encuentra inspiración principalmente en conceptos como “libertad económica” y “competencia”, y al que inicialmente resultaban ajenas nociones e instituciones como el servicio público, a la par que pretende cobijar tradiciones y culturas jurídicas dispares respecto a la perspectiva, la forma y las técnicas de satisfacción de las necesidades esenciales de la comunidad.³

No obstante, en estas líneas no vamos a profundizar en la noción de “servicio público” desde este punto de vista dogmático, sino que vamos a circunscribir el debate a la regulación que nuestro derecho positivo local y contractual realiza de la materia, así como a la posición que nuestra jurisprudencia ha adoptado al respecto.

El artículo 85.1 de la LRBRL establece que “[...] son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales”, y en idéntico sentido se manifiesta el artículo 199 de la Ley de Administración local de Aragón, que expresaba que “[...] son servicios públicos locales cuantos se prestan para satisfacer los intereses y las necesidades de la comunidad vecinal en los asuntos de competencia de las entidades locales”. En ambos supuestos se identifica el “servicio público” con la actividad administrativa desplegada en el ámbito competencial de la entidad local. Desde esta perspectiva, servicio público no será cualquier actividad realizada por la entidad local, sino las vinculadas con el ejercicio de sus competencias; y tampoco se circunscribirá exclusivamente al ejercicio de actividades previamente reservadas por la ley a favor de la entidad local, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 86.2 de la LRBRL.⁴ En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal y como ocurre en la resolución del Recurso de casación 3050/1996, en el que vincula la noción de servicio público local con el ejercicio de las competencias locales.⁵

Siguiendo esta estela interpretativa el problema se plantearía, en el supuesto que el artículo 25.1 de la

LRBRL se interpretara no como una mera declaración de capacidad general sino como una atribución genérica de competencia, tal y como lo hace el preámbulo de la Ley de Administración local en relación con el artículo 42 del mismo texto legal: “Todo cuanto contribuya a satisfacer las necesidades de la comunidad vecinal puede constituir el objeto de un servicio municipal, con el límite de las competencias atribuidas por ley a otras administraciones públicas. La Ley plasma, por tanto, la vocación potencialmente universal de la acción municipal [...]”.⁶

Desde esta perspectiva, serían “servicio público”, y por lo tanto susceptibles de ser gestionadas por cualesquiera de las técnicas previstas en el artículo 85.2.3 y 4 de la LRBRL, cuantas actividades desarrollara una entidad local para la satisfacción de los intereses vecinales, incluidas las de contenido eminentemente económico. De ser así no existiría en el ámbito local diferenciación alguna entre las formas de gestión de los servicios públicos y la realización de actividades encuadradas dentro de la iniciativa económica local.

No obstante, podría contenerse la vis expansiva del mencionado concepto amplio de servicio público mediante el reconocimiento de que, a pesar de la subsunción en aquél, las actividades locales realizadas en el ejercicio de la iniciativa pública económica poseen peculiaridades respecto a su forma de realización. En estas coordenadas puede entenderse que se ubica la LAL de Aragón al disponer en sus artículos 220 y 221 que la explotación de las actividades económicas, realizadas en ejercicio de la iniciativa pública económica, se efectuarán por las entidades locales “[...] por sí mismas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, y los particulares mediante la creación de sociedades mercantiles”.⁷ Es decir, excluyendo de los modos de gestión de servicios públicos las actividades estrictamente económicas y circunscribiendo la realización de las mismas a entidades societarias, ya sean de capital íntegramente local o sociedades mixtas, si bien garantizando en todo caso la constatación de la existencia de intereses públicos locales que aconsejen la conveniencia de su realización.⁸

3. Para profundizar adecuadamente en este aspecto, ver por todos: MUCHOZ MACHADO, Santiago, *Servicio Público y mercado. Fundamentos*. Civitas, Madrid, 1998.

4. A favor de una interpretación estricta del concepto de servicio público local, y por lo tanto de excluir de la utilización de las técnicas de gestión del servicio público a las actividades realizadas en relación con las materias no reservadas, GIMENO FELIU, J. M., “De los servicios públicos locales. La iniciativa socioeconómica. La acción de fomento. Los consorcios”, en el libro dirigido por FANLO LORAS, A., *Estudio sistemático de la Ley de Administración local de Aragón*, p. 328 (Cortes de Aragón, Zaragoza, 2000). En una posición distinta favorable a considerar servicios públicos locales de carácter económico las actividades reservadas y las publicadas mediante la atribución de competencia a la entidad local por la ley sectorial autonómica o estatal, excluyendo únicamente las realizadas de acuerdo con el principio de capacidad general del artículo 25.1 LRBRL, ver

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Administración local*, p. 512 (Comares, Granada, 1994).

5. En idéntico sentido se manifiesta en *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, p. 1146 (La Ley, Madrid, 2002).

6. En este sentido se manifiesta en relación con el artículo 25.1 de la LRBRL, SOSA WAGNER, F., *Manual de derecho local*, p. 61, (Aranzadi, 1999); al afirmar que “[...] hay que entender que existe en nuestro ordenamiento una presunción de competencia a favor del municipio siempre que se refieran a asuntos que afectan al círculo de sus intereses”.

7. El artículo 199 del RBASO de las entidades locales de Aragón dispone: “El ejercicio de actividades económicas por las entidades locales podrá organizarse por medio de sociedad mercantil de capital público o mixto o por sociedad cooperativa [...]”.

8. BISBAL I MENDEZ, J., en “Servicios públicos e iniciativa económica pública”, en *Informe sobre gobierno local*, p. 219 (MAP, 1992), ha afirmado que “[...]”

2.2. Servicio público: autoorganización versus contrato

Por otra parte, el artículo 154.2 del TRLCAP excluye del ámbito del contrato de gestión de servicio público los denominados *modos de gestión directa de los servicios públicos*, descritos en el artículo 85.3 de la LRBRL como “gestión por la propia entidad; organismo autónomo; sociedad mercantil de capital íntegramente local”, por considerar que en estos supuestos no nos encontramos ante una relación contractual bilateral, sino ante meras fórmulas reflexivas, organizativas de la Administración.⁹

2.3. Distinción de otras figuras contractuales afines

2.3.1. Los contratos administrativos especiales

Debe destacarse que la modificación realizada por la Ley 13/1995 de la regulación de la figura de los contratos administrativos especiales ha sido utilizada tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como, sobre todo, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para depurar en mayor medida la calificación de un contrato como de servicio público. La vinculación al giro o el tráfico de la Administración contratante va a garantizar la naturaleza pública de la contratación, pero no supone la subsunción de su régimen jurídico en el previsto para el contrato de gestión de servicios públicos, que exigirá en todo caso que la actividad de que se trate quede asumida por la Administración respectiva como propia de la misma (artículo 155.2 del TRLCAP e Informe de la JCCA de 7 de marzo de 1996).¹⁰

En este sentido el contrato de explotación de un bar-restaurante ubicado en la superficie del edificio de un aeropuerto, calificado mediante Informe de la JCCA 33/1974, de 20 de septiembre, como gestión de servicio público por considerar que “[...] forman parte integrante del concepto general de servicio público no sólo aquellos elementos esenciales transcendentales para su funcionamiento, sino también aquellos que son factores de apoyo para su pleno rendimiento”, o el arrendamiento de un local municipal destinado a bar-restaurante calificado, mediante la STS de 11 de marzo de 1985, como de servicio público, en nuestros días tendrían la calificación de contrato administrativo especial, prevista en los artículos 5.2.a) y 8 del TRLCAP. Así se ha manifestado reiteradamente la JCCA mediante sendos informes de fecha 6 de julio de 2000, 42/2001 de 30 de enero de 2002, 47/2001 de 30 de enero de 2002, respectivamente.

parece conveniente reservar para la iniciativa económica pública las mismas formas organizativas de las que disponen los particulares”. En una posición diametralmente contraria, que considera que en el ámbito local existe una indiferenciación tradicional entre actividad económica y servicio público, con la consecuencia de no destacar el distinto régimen jurídico de una actividad o de otra, DE LA QUADRA SALCEDO, T., en *Corporaciones locales y actividad económica*, pp. 46-47 (Marcial Pons, Madrid, 1999).

Idénticos pronunciamientos se han realizado por la JCCA, en relación con la calificación y el régimen jurídico de contratos para actividades deportivas y para las prestaciones derivadas de los programas de rutas culturales destinadas a personas mayores, en sendos informes de 27 de diciembre de 2001 y de 30 de enero de 2002. En ellos, junto a la categorización y las características de los contratos administrativos especiales, expresamente se deslinda su calificación de los contratos de gestión de servicios públicos al afirmar que “[...] basta para descartar tal consideración la dificultad de admitir que las actividades deportivas que se prestan (senderismo, patinaje, gimnasia, baloncesto, etc.), sean verdadero y propio servicio público” o que “[...] en este caso el objeto del contrato, por una parte, no coincide con la noción estricta de servicios públicos de titularidad de la Administración, cuya gestión se encomienda a una persona natural o jurídica para su utilización por los particulares, ya que comprende actividades heterogéneas y tan distintas como: el transporte de los mayores, su alojamiento en régimen hotelero o en apartamentos, la organización de actividades culturales, la asistencia sanitaria y la suscripción de seguro, entre otras, que no pueden identificarse con el concepto de servicio público. Por otra parte, las mencionadas prestaciones comprendidas en el programa de rutas culturales en favor de las personas mayores no están asumidas como competencias propias de la Administración en relación con el ocio y la cultura de los mayores, en los términos exigidos en el artículo 155.2 del TRLCAP”, respectivamente.

2.3.2. Los contratos de servicios

El artículo 196.3 del TRLCAP define como contratos de servicios: “a) de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros títulos de este Libro; b) complementario para el funcionamiento de la Administración; c) de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones; d) los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma [...]”.

Los límites conceptuales entre ambos tipos de contratos administrativos se han ido depurando merced a las últimas modificaciones legislativas; si bien no de forma absoluta tal como acredita el carácter residual que se infiere del primer apartado transcrito. No obstante, con

9. PALOMAR OJEDA, A. *Contratación administrativa II*. CGPJ, Madrid, 1997.

10. En relación con actividades taurinas, ver MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L. “El contrato de gestión o explotación de plaza de toros. Reflexiones sobre su naturaleza” en *Revista aragonesa de Administración pública*, n.º 6, pp. 335 a 352.

carácter general, merece ser reiterado el criterio manifestado por la JCCA como definitorio en la distinción de una u otra tipología. Según el Informe de la JCCA 4/1996, de 7 de marzo de 1996, reiterando el Informe de 21 de diciembre de 1995, con motivo de la contratación por la Administración de la gestión de los servicios públicos de recogida de basuras, su tratamiento y limpieza viaria, resulta que en los contratos de servicios públicos “[...] un servicio titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares”.

2.3.3. El contrato de concesión de obra pública

El contrato de concesión de obra pública se encuentra definido en el artículo 130 del TRLCAP, si bien va a ser objeto de modificación como consecuencia de la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley regulador del contrato de concesión de obras públicas (BOCG, Serie A, número 99-1, de 21 de junio de 2002): “1.) Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquél en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio [...]”

La JCCA en sendos informes 24/1996, de 30 de mayo de 1996, y 25/2001, de 30 de enero de 2002, ha manifestado que “[...] debía calificarse y determinar su régimen jurídico de conformidad con la prestación económica más importante y, por ende, como contrato de obras, si la prestación consistente en la ejecución de obras fuere la más importante y como contrato de gestión de servicios públicos, en caso contrario”.

3. Sobre la sustantividad del contrato de gestión de servicios públicos

3.1. Contrato *versus* contratos de gestión de servicios públicos

El título II del libro II del TRLCAP transmite la impresión de que el contrato de gestión de servicios públicos constituye una categoría contractual específica, sustantiva y homogénea. No obstante, tal y como ha resaltado la doctrina y la jurisprudencia más cualificada, en nuestro ordenamiento jurídico no existe dicha categoría contractual sino una mera técnica de gestión que se concreta en una pluralidad contractual diferenciada.

En este sentido la STS de 27 de enero de 1992 afirma en su FJ 6 que “[...] debe precisarse que en el ámbito del

derecho administrativo no existe –pese a que otra cosa pudiera parecer a tenor de la Ley de contratos del Estado– un contrato específico de gestión de servicios públicos, sino que es necesario hablar de una pluralidad contractual diferenciada a través de la que es posible dar cabida a todo tipo de gestión indirecta de un determinado servicio público”.

La regulación del TRLCAP, en línea con lo ya previsto en la Ley 13/1995, intenta establecer un mínimo común denominador en el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos, aplicable a cualquier modalidad contractual, que afecta a disposiciones generales, a procedimientos y formas de adjudicación, ejecución, efectos y extinción y resolución de los contratos. A pesar del empeño del legislador básico, matizado en alguna medida por el desarrollo reglamentario en materia de régimen local efectuado por alguna comunidad autónoma,¹¹ creo que no puede afirmarse la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un contrato específico de gestión de servicios públicos. El legislador ha extraído del tradicional régimen jurídico de la concesión una serie de prescripciones, y las ha generalizado; con el dudoso resultado de que algunas de ellas son de imposible cumplimiento en alguna de las modalidades contractuales, principalmente el concierto, escasamente compatible con institutos como la reversión o el ejercicio del *ius variandi*, o la extensión indiscriminada del riesgo y la ventura, de conflictiva coexistencia con la gestión interesada, por poner algún ejemplo.

3.2. Caracteres generales

Con carácter general pueden deducirse una serie de notas comunes a las distintas fórmulas contractuales:

- a) Los servicios han de tener un contenido económico, susceptible de explotación por empresarios privados.
- b) Se excluyen los servicios que impliquen ejercicio de autoridad.
- c) La actividad de que se trata queda asumida por la Administración como propia, garantizando con ello la titularidad pública de la actividad.
- d) Debe determinarse previamente a la contratación el régimen jurídico que atribuya a la entidad local la competencias sobre el servicio, determinando el alcance de las prestaciones a favor de los administrados.
- e) La Administración conservará los poderes de policía que aseguren la buena marcha del servicio, en cuanto que titular del mismo.
- f) Desempeñan un papel preponderante en la determinación de su régimen jurídico las disposiciones espe-

11. En este sentido destaca el reciente RBASO de las entidades locales de Aragón que, si bien se enmarca en la tendencia establecida por la legislación contractual básica, evita generalizar al conjunto de las formas de gestión

indirecta de servicios públicos algunas técnicas e institutos como la intervención, la reversión y el rescate.

ciales del servicio, ya sea a través de legislación sectorial o de las prescripciones técnicas correspondientes.

g) Su duración, incluida la de las prórrogas, no podrá exceder cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicios públicos; veinticinco años en los que consistan en la explotación de un servicio no sanitario; 10 años en los que consistan en la explotación de servicios sanitarios que no conlleven asimismo la ejecución de obras.¹²

3.3. Régimen jurídico de la ejecución y el cumplimiento del contrato

a) Por un lado, se determinan las obligaciones del contratista, siendo la principal organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características del contrato y dentro de los plazos establecidos. Junto a ello el artículo 161 del TRLCAP establece las siguientes obligaciones:

–Prestar el servicio con la continuidad convenida. Continuidad que se convierte en uno de los pilares básicos de esta tipología de contratos, y que va a fundamentar la existencia de una importante panoplia de prerrogativas de la Administración que analizaremos a continuación. En caso de huelga del personal adscrito al servicio las entidades locales podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos locales (Sentencia de 19 de enero de 1988).

–Garantizar el acceso a los servicios públicos de los ciudadanos que cumplan los requisitos establecidos, mediante la correspondiente contraprestación, en su caso.

–Cuidar el buen orden del servicio. Para ello podrá dictar las oportunas instrucciones como complemento de los poderes de policía que mantiene la entidad local. En el supuesto de la concesión el artículo 184 del RGLCAP habilita para que el contratista ejerza funciones delegadas, por lo que las garantías de los usuarios en estos supuestos se reconducen al derecho administrativo.

–Deber de indemnizar a terceros por daños causados por el funcionamiento del servicio público. No obstante cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración se exonera de responsabilidad al contratista. Debe destacarse que el artículo 161.c) del TRLCAP amplía los supuestos de exención de responsabilidad al no referirse a una cláusula impuesta por la Administración con carácter ineludible y utilizar la laxa fórmula de “causa imputable a la Administración”.

–Respetar el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

Junto a ello se determina como único derecho específico del contratista la prestación económica o la retribución, que se efectuará mediante tarifa o subvención o cantidad a tanto alzado o mínimo garantizado y cláusula de interesamiento en función de la modalidad contractual ante la que nos encontremos (artículo 162 del TRLCAP). En el caso que no se hiciere efectiva la contraprestación dentro de los plazos establecidos, y no procediese la resolución o no la solicitare el contratista, éste tendrá derecho al interés legal del dinero en los términos del artículo 99 del TRLCAP, por lo que, a mi juicio, la remisión no es meramente procedimental sino que afecta también a aspectos sustantivos, por lo que debe interpretarse el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos.

b) Por otro lado, se establecen las prerrogativas de la Administración contratante, que junto con las analizadas en el primer apartado de este epígrafe, consisten en:

–Modificar por razones de interés público las características del servicio y las tarifas a abonar por los particulares, restableciendo al contratista en su equilibrio financiero únicamente en el supuesto en que los acuerdos que dicte la Administración tengan trascendencia económica (artículo 163 del TRLCAP).

–Garantizar la continuidad del servicio. Íntimamente unidas al cumplimiento de este principio que impregna la totalidad de la regulación de esta tipología de contrato se encuentran dos instituciones tradicionalmente vinculadas a la regulación de la concesión, y que tanto el TRLCAP como el RGLCAP configuran como aplicables a cualesquiera modalidad de contrato de gestión de servicios públicos:

1.) La intervención, también conocida como secuestro. La entidad concedente asume temporalmente de forma directa la gestión del servicio como consecuencia de incumplimientos del contratista de los que se deriven perturbación grave y no reparable por otros medios. El artículo 186 del RGLCAP, en línea con la regulación del RS, establece que el órgano de contratación de la Administración nombrará funcionarios que desempeñen funciones interventoras, a cuyas decisiones deberá someterse el contratista durante la intervención. Si bien no se prevé un plazo máximo de duración, tal y como hacía el RS que lo fijaba en dos años o en un 1/3 del plazo que restare para la finalización del contrato; en todo caso, de conformidad con la STS de 25 de noviembre de 1992, el secuestro no puede mantenerse indefinidamente. La explotación que desarrolle la Administración se realizará utilizando los medios personales y materiales del contratista,

12. Cuando se publiquen estas líneas, si el trámite parlamentario del proyecto de ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas no lo modifica, el artículo 157.a) del TRLCAP dispondrá un nuevo plazo de sesenta

años para los supuestos de explotación de servicio público de mercado o de lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por una sociedad de economía mixta municipal.

y lo será a riesgo y ventura de éste, si bien previa deducción de los gastos, retribución del interventor e indemnización por daños y perjuicios a la Administración.

El RBASO de las entidades locales de Aragón modula la regulación efectuada por la legislación estatal, aprovechando para ello el carácter no básico del artículo 166 del TRLCAP y del artículo 186 del RGLCAP. De este modo, en la regulación reglamentaria del régimen local aragonés la intervención del servicio vuelve a concebirse como un instrumento de salvaguarda de la continuidad del mismo estrechamente vinculado con la figura de la concesión como forma de gestión, y susceptible de aplicación al resto de las modalidades contractuales en el supuesto en que no sea incompatible con la naturaleza de aquéllas.¹³

2.) La reversión. Tiene lugar por el transcurso y el cumplimiento del plazo del contrato contractual, y tiene como consecuencia el deber de entregar a la Administración las obras y las instalaciones afectas al servicio en estado de conservación y funcionamiento adecuado, de conformidad con lo pactado en el contrato. También es de aplicación en los supuestos de resolución por rescate.

La reversión es gratuita, tal como ha argumentado la STS de 7 de junio de 1988 “[...] al estimarse que el concesionario ha amortizado durante el plazo de la concesión el coste de establecimiento del servicio mediante la retribución a su favor”. Hace referencia tanto a los bienes aportados por la Administración como los aportados por el contratista afectos al servicio y que hayan sido amortizados.

Para la consecución de los fines que se pretende con este instituto, se prevé que durante el tiempo que se fije en el pliego de condiciones anterior a la reversión se adoptarán las disposiciones convenientes por el órgano de contratación (artículo 164.2 del TRLCAP).

El reiterado RBASO aragonés modula una vez más la regulación básica y enmarca la regulación de la reversión dentro de la figura de la concesión de servicios públicos, sin menoscabo de su posible aplicación en las restantes modalidades contractuales, si su naturaleza no resulta incompatible con aquélla. Si bien es cierto que, en esta ocasión, la opción efectuada por el Gobierno de Aragón no cuenta con respaldo en la legislación estatal, dado que el artículo 164.2 del RRLCAP tiene carácter básico, no por ello resulta menos acertada dada la naturaleza de la institución. A nadie se le escapa que la reversión es cuando menos de difícil convivencia con algunas fórmulas gestoras y

contractuales, como puede ser el supuesto del concierto.

3.4. Régimen jurídico de la resolución del contrato

En primer lugar, tal y como dispone el artículo 167 del TRLCAP, son causas de resolución contractual las señaladas con carácter general en el artículo 111 del TRLCAP con excepción de los párrafos e) y f); si bien introduciendo alguna modulación como la dispuesta en el artículo 168 del TRLCAP, por la que en caso de muerte o incapacidad sobrevenida del contratista puede acordarse la continuidad con los herederos o los sucesores; o la prevista en el artículo 167.a), por la que la demora en el pago de la contraprestación por la Administración o de la entrega de los medios auxiliares a los que se obligó se establece en seis meses y no en ocho, como prevé con carácter general el artículo 111 del TRLCAP.

Junto a ello, se prevén tres supuestos de resolución específicos de esta modalidad contractual:

1.) la supresión del servicio por razones de interés público;

2.) la imposibilidad de explotar el servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración, que algún sector doctrinal considera como un supuesto extremo de aplicación de la teoría del *factum principis*, y

3.) el rescate del servicio por la Administración, realizado por razones de interés público, para gestionarlo directamente.

Con carácter básico, el artículo 169.1 del TRLCAP establece que en todos los supuestos de resolución la Administración abonará al contratista el precio de las obras e instalaciones que éste hubiere ejecutado y hubieren de pasar a propiedad de aquélla, a fin de garantizar la continuidad del servicio, teniendo en cuenta su estado de conservación y el tiempo que restare para la reversión. En el supuesto de resolución por demora de la Administración en la entrega de la contraprestación o de los medios auxiliares, superior a seis meses, el contratista tiene derecho además al abono del interés legal del dinero debido y al abono de daños y perjuicios, que constituirían el denominado daño emergente. En los supuestos de rescate, supresión o *factum principis*, junto con la previsión general del artículo 169.1 del TRLCAP, la Administración indemnizará de los daños y los perjuicios, del daño emergente y de los beneficios que deje de percibir o lucro cesante, atendiendo a los resultados de la explotación del último quinquenio y el valor de

13. En este sentido se manifiesta el artículo 292 (relativo a la gestión interesada), el artículo 296 (relativo al concierto) y el artículo 300 (relativo al arrendamiento) del RBASO de las entidades locales de Aragón.

las obras que no hayan de revertir, habida cuenta de su grado de amortización.

4. Modalidades contractuales. Formas de gestión indirecta de los servicios públicos

4.1. La concesión

El artículo 156.1 del TRLCAP en su escueta redacción dispone que en estos supuestos el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura. Junto a ello facilita la posibilidad de que concurran al proceso licitatorio uno o varios empresarios con la obligación de constituir una persona jurídica en el supuesto que resultasen adjudicatarios, tal como se dispone en el artículo 130.3, para el contrato de concesión de obra pública.

No es éste el lugar para profundizar en el régimen jurídico de la concesión, salvo destacar la escasa regulación específica de la misma en el TRLCAP, siendo por ello necesario acudir tanto a las características generales del contrato de gestión de servicios, ya expuestas, como a los pliegos y al contrato que se suscriba, así como al RS que goza de una exhaustiva regulación, en todo lo que no se oponga a la legislación básica. En el recientemente aprobado Reglamento aragonés ya hemos observado que la regulación de la concesión es más exhaustiva, dado que mantiene dentro de su régimen jurídico específico instrumentos y figuras que la legislación de contratos públicos estatal ha generalizado al conjunto de las distintas modalidades contractuales de gestión de servicios públicos; coincidiendo con ello con nuestro tradicional régimen local.

Respecto a las obligaciones del concesionario, consistirían en las previstas con carácter general para los contratistas de servicios públicos en el artículo 161 del TRLCAP, ya expuestas, si bien resaltando por su especial incidencia en la regulación en el RS las siguientes notas:¹⁴

–Que el servicio no solo debe prestarse con continuidad y regularidad, sino que debe hacerse de conformidad con la forma impuesta por la Administración (artículo 128.1 del RS), que nos conecta directamente con el ejercicio del *ius variandi* y con la problemática del equilibrio financiero de la concesión a la que haremos referencia brevemente.

–Obligación de no gravar ni enajenar los bienes sujetos a reversión, conservando y sufragando los costes necesarios para su mantenimiento (artículo 128 del RS y artículo 115.9 del RS).

–Obligación de ejercer el concesionario por sí mismo la concesión: derivada del carácter *intuitu personae* que tiene la concesión, pudiendo efectuarse la cesión en los supuestos previstos en el artículo 114.2 del TRLCAP, previa autorización expresa de la Administración concedente, con el requisito específico de que el cedente tenga al menos realizada la explotación de una quinta parte del tiempo de duración del contrato.

En relación con los derechos económicos del concesionario, tal como establece el artículo 162 del TRLCAP, éste tiene derecho a la contraprestación económica prevista en el contrato, y a la revisión de ésta en los términos que se establezca. Es en esta materia en la que la concesión va a contener un mayor grado de especificidad, en gran medida procedente del mayor detalle normativo que sobre la misma despliega el RS en relación con el resto de las fórmulas contractuales, actitud ésta que reitera el RBASO aragonés.

En primer lugar el artículo 129.3 del RS ordena que “[...] en todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio, y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial”. Como consecuencia de ello, la retribución del concesionario podrá consistir en la percepción de las tarifas de los usuarios y las subvenciones a cargo de la Administración concedente, debiendo especificarse si éstas son un concepto retributivo parcial o único. En todo caso, de existir subvención, no puede constituir una garantía de beneficio mínimo para el concesionario ni vulnerar el principio de riesgo y ventura.¹⁵

Principio complementario y compensatorio del principio de riesgo y ventura, lo constituye el principio del “equilibrio financiero de la concesión”. Equilibrio que puede alterarse por tres motivos:

1.) Como consecuencia del ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración, de forma que, si por razones de interés público se altera directa y unilateralmente el objeto contractual con trascendencia económica, aquélla deberá compensar al concesionario. En este caso, el restablecimiento del equilibrio financiero se realiza mediante una compensación económica que debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 126.2.b del TRLCAP), debiendo ser resarcido el concesionario de la totalidad de los daños y perjuicios causados.

14. En el artículo 279.2 del RBASO de las entidades locales de Aragón, que como ya hemos afirmado anteriormente desplaza en dicha comunidad autónoma en su aplicación al RS, no se efectúa regulación específica alguna de las obligaciones del concesionario, que en línea con la legislación

básica los establece con carácter general para los contratistas de servicios públicos.

15. Idéntica regulación contiene el artículo 280 del RBASO de las entidades locales de Aragón.

2.) Junto a ello, es posible la alteración del mencionado equilibrio como consecuencia del ejercicio del denominado *factum principis*, que constituye una actuación de la Administración que ocasiona un daño especial al contratista, siempre que no derive de disposiciones de carácter general que se impongan como cargas públicas para todos los ciudadanos y que guarde conexión directa e inmediata con el perjuicio del contratista.¹⁶ En este supuesto, como en el anterior, el concesionario tiene derecho a la indemnización íntegra de los daños sufridos.

3.) Por último, por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, reguladas en el artículo 127.2.b) del RS. Consecuencia de lo que se ha dado en denominar “teoría de la imprevisión” o del “riesgo imprevisible”, exigiéndose en todo caso que la situación no sea consecuencia de la gestión del concesionario. En estos supuestos, el resarcimiento no será íntegro sino que consistirá en el “reparto de los perjuicios imprevisibles”, dado que el concesionario actúa bajo su propia responsabilidad. La compensación se realiza por medio de la revisión de las tarifas y excepcionalmente mediante una subvención *ex novo* no prevista en el pliego.¹⁷

4.2. La gestión interesada

Aparece definida en el artículo 156.b) del TRLCAP como la modalidad por la que “[...] la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato”, reproduciendo con ello la dicción del artículo 66 de LCE y del artículo 201 del RGCE. Durante largo tiempo, hasta la LCE, no ha existido regulación de esta modalidad contractual, que no tenía reflejo en el RS, planteándose la doctrina más cualificada la duda sobre la existencia de razones para dotarla de normación sustantiva, afirmándose que detrás del mencionado concepto no existía una realidad común y general sino, que al contrario, englobaba realidades que presentaban entre sí grandes diferencias, coincidentes exclusivamente a la hora de articular la retribución del gestor.¹⁸

El origen de la figura reside en la institución francesa del *regie interesée*, en la que el gestor no actúa a “riesgo y ventura”, sino como un simple mandatario de la Administración; percibiendo por su prestación una remuneración constituida por una cantidad fija más el

resultado de una cláusula de interesamiento, en función de los rendimientos obtenidos en su gestión. En la redacción dada por el TRLCAP no se produce la traslación automática de la institución francesa, basada en la variabilidad de la remuneración del gestor y el reconocimiento de la Administración como responsable de las pérdidas, puesto que el contratista actúa ante terceros con su propia denominación y bajo su responsabilidad, abriéndose la posibilidad de un sistema de remuneración diferente al establecimiento de una cláusula de garantía de interés y de una cláusula de interesamiento a favor del gestor, propio de la versión francesa de esta modalidad de gestión.

El artículo 180 del RGLCAP incrementa levemente la regulación establecida hasta el momento, estableciendo la posibilidad de que se establezca un ingreso mínimo a favor de cualquiera de las partes asociadas, a abonar por la otra parte, cuando el resultado de la explotación no alcance a cubrir un determinado importe de beneficio. El régimen propuesto se establece con carácter potestativo, como si en el ánimo del reglamento estuviera dar alguna pista sobre el contenido concreto de la institución, y supone un mayor acercamiento a la figura de origen francés analizada.¹⁹

El RBASO de las entidades locales de Aragón profundiza en la concreción de los instrumentos de participación en los resultados de la explotación del servicio, especificando que podrán consistir en una asignación fija o proporcional a los resultados de aquella y reiterando la previsión realizada en el artículo 180 del RGLCAP, que ya hemos descrito. Asimismo se ratifica en la consideración de la gestión interesada como una modalidad de gestión indirecta de los servicios, al desechar cualquier integración del gestor en la Administración contratante, al disponer que aquel en ningún caso asumirá la condición de funcionario, ni su relación podrá ser considerada como societaria, detallando que actuará en el tráfico jurídico bajo su exclusiva responsabilidad.²⁰

4.3. El concierto

El artículo 156.c) del TRLCAP respeta la redacción de la Ley 13/1995 y se enmarca en idéntica tradición normativa que el RS, de forma que: “[...] permite convenir con una persona natural o jurídica la prestación de un servi-

16. Dictamen del Consejo de Estado 632/1994, de 19 de mayo.

17. STS de 20 de diciembre de 1986.

18. De particular importancia resulta la clásica aportación que realizó L. Martín RETORTILLO BAQUER en “De la gestión interesada a la cláusula de interesamiento” en RAP n.º 36, páginas 67 y ss., en la que con carácter previo a su regulación positiva, se opone a la consideración de dicha modalidad como una forma de gestión de servicio público sustantiva y diferenciada, y defiende la existencia de cláusulas de interesamiento concurrentes con las clásicas modalidades gestoras.

19. Si el ingreso mínimo se estableciera a favor del contratista, a mi entender estaríamos más cerca de una forma de gestión directa que indirecta de servicio público. En este sentido A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ en *Manual de derecho local*, op. cit., defiende su inclusión entre las formas de gestión directa.

20. Artículos 290.3 y 291 del RBASO de las entidades locales de Aragón.

cio público, siempre que esa persona realice como propio de su giro o tráfico las prestaciones caracterizadoras de ese servicio".²¹

Se exige que el concierto se efectúe con quien ya se encuentra prestando el servicio objeto del contrato, utilizando de esa forma su infraestructura y organización, no creándose por ello una nueva persona jurídica, pudiendo tener carácter extraterritorial al encontrarse la persona con la que se concierte 'dentro o fuera del territorio de la entidad local contratante'" (artículo 145.1 del RS).

El artículo 181 del RGLCAP condiciona la utilización de esta figura contractual al desempeño o la mayor eficacia en la prestación del servicio.

En todo caso la regulación establecida en el TRLCAP y en el RGLCAP supone la modificación de una de las notas características del concierto, la transitoriedad. Y ello como consecuencia de la eliminación de límites temporales sustantivos como ocurría en el artículo 144.1 del RS, que lo establecía en diez años. En la actualidad serán de aplicación los plazos establecidos con carácter general para los contratos de gestión de servicios públicos ya analizados.

El artículo 294 del RBASO de las entidades locales de Aragón restaura en parte la institución a su original configuración al establecer que su duración no podrá exceder de ocho años. No obstante, consciente de la regulación establecida por la legislación básica, se posibilita la existencia de prórrogas por periodos que no excedan de su duración inicial y que, en todo caso, no superen el máximo de veinticinco años o de diez años en los supuestos de servicios sanitarios, exigiendo su justificación mediante una memoria técnica acreditativa de la imposibilidad o no-conveniencia de instalar el servicio por la propia entidad local.

Respecto a la contraprestación económica, nada se dispone en la legislación y el reglamento de contratos, por lo que debe acudirse a lo previsto en el artículo 146 del RS, que dispone que se fije un tanto alzado predeterminado e inalterable, ya sea por la totalidad del servicio en un tiempo determinado o por unidades de prestación a precio fijo.

El artículo 295 del RBASO de las entidades locales de Aragón prevé la posibilidad de establecer el precio incluso por los actos a realizar por el concesionario, e introduce la posibilidad de su actualización en función de circunstancias objetivas expresamente previstas en el pliego de cláusulas, modulando con ello el carácter inalterable de la contraprestación y evitando interpretaciones lesivas para los intereses del contratista.

4.4. La sociedad de economía mixta

El artículo 157 del TRLCAP posibilita que la Administración, conjuntamente con otras personas naturales o jurídicas, constituya personificaciones jurídicas propias del derecho mercantil, con el fin de proceder a la gestión de servicios públicos de carácter económico. Por su parte, el artículo 182 del RGLCAP remarca la idea de que la sociedad de economía mixta que pudiera constituirse no es una forma de organización administrativa, sino que tendrá la condición de contratante de la Administración, equiparándola a efectos de derechos y obligaciones con la figura del concesionario de servicios públicos.

De la dicción del artículo 154.2 del TRLCAP, ya mencionado con anterioridad, se deduce que la participación de la Administración en el capital podrá ser mayoritaria o minoritaria, coincidiendo con ello con la inicial redacción del artículo 85 de la LRBRL. El desarrollo normativo de esta figura ha facilitado que las sociedades mercantiles con capital íntegramente público, pero perteneciente a diversas entidades locales puedan ser integradas dentro de esta modalidad contractual.²² Como se ha resaltado recientemente, la Administración no queda desapoderada de sus competencias y sus potestades en relación con el servicio gestionado, pero la participación en la gestión del servicio si que queda condicionada a la que tenga en la sociedad mixta.

Las formas societarias a adoptar serán la sociedad anónima, la sociedad limitada, y las sociedades cooperativas, salvo las de trabajo asociado, consumidores y usuarios o educaciones. Sosa Wagner considera que es posible la participación de la entidad local como asociada o colaboradora de una cooperativa,²³ limitando su número de votos en la asamblea general a un máximo del 20% del total. No existirá inconveniente alguno en la utilización de figuras tales como sociedades anónimas laborales,²⁴ considerándose asimismo factible la utilización de sociedades de garantía recíproca y de sociedades de capital-riesgo.²⁵ En relación con la sociedad comanditaria, la mayoría entiende la doctrina como incompatible con la sociedad de economía mixta dado que rige el principio de responsabilidad ilimitada de las deudas sociales.

Tanto la opción por un tipo de sociedad o por otro como el grado de participación en la misma son decisiones discrecionales por parte de la entidad local que deberá motivarse adecuadamente en el expediente que acredite la conveniencia y la oportunidad de su crea-

21. SOSA WAGNER, F. *La gestión de los servicios públicos locales*, p. 175. Civitas, 1999.

22. Artículo 313 del RBASO de las entidades locales de Aragón.

23. Así lo dispone el artículo 316 del RBASO de las entidades locales de Aragón.

24. Expresamente prevista en el artículo 314 del RBASO de las entidades locales de Aragón.

25. Así se manifiesta F. SOSA WAGNER en "La gestión...", *op. cit.*, p. 196.

ción. La doctrina más cualificada considera, no obstante, que para que la sociedad resultante pueda ser integrada dentro de la tipología de las distintas modalidades gestoras de un servicio público la entidad local debe ostentar el control esencial de la misma, ya sea a través de la participación mayoritaria o mediante instrumentos que le faciliten esa situación de control efectivo.

A diferencia de la legislación estatal, tanto la básica como la dispositiva del RS, el Reglamento aragonés establece los instrumentos adecuados para que, con independencia del grado de participación local en el accionariado, la entidad local ostente un papel preponderante en la gestión societaria, garantizando su control esencial. En este sentido se posibilita la existencia de límites a la transmisión de acciones e incluso se prevé la existencia de un derecho de adquisición preferente a favor de la entidad local. Junto a ello, se facilita un particular intervencionismo de ésta en la adopción de los actos y los acuerdos de la sociedad, y en los supuestos de participación minoritaria la existencia de un delegado de aquélla.

Las fórmulas de participación en una sociedad mixta variarán en función de si nos encontramos ante una creación *ex novo* de la sociedad, una suscripción de convenio con empresa única ya existente, una adquisición de acciones de una sociedad ya existente o la transformación de una sociedad de capital íntegramente local. En el primer supuesto, la adquisición de acciones se efectuará mediante la suscripción pública de acciones o el concurso de iniciativas asegurándose la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado; en el segundo supuesto, a lo que se establezca en el convenio; en el tercer supuesto, se estará a lo establecido en las normas reguladoras del patrimonio local, y, en el cuarto, bastará la tramitación del cambio de la forma de gestión del servicio y la puesta en el mercado de las acciones mediante los sistemas previstos para los supuestos de fundación de la sociedad.²⁶

El régimen jurídico de la sociedad mixta resultante es complejo:

–Su constitución, funcionamiento y organización interna quedan sometidos al derecho mercantil.

–Determinados aspectos de su actividad quedan sometidos al derecho administrativo. Especial incidencia del derecho público se produce en los supuestos en que la participación de la entidad local es mayoritaria, mediante la exigencia de que el procedimiento de con-

tratación de la sociedad respete los principios de publicidad y concurrencia y la elaboración de un programa de actuación, inversiones y financiación. En todo caso, la modulación producida por el régimen jurídico público es particularmente intensa en relación con la rendición de cuentas, la contabilidad y la fiscalización.

–Como gestor de un servicio público, su situación queda equiparada a la del concesionario. Debiendo resaltarse que el periodo de duración de la sociedad mixta será igual al previsto para la gestión del servicio.²⁷

4.5. El arrendamiento

Nos encontramos ante una modalidad contractual no prevista en el artículo 156 del TRLCAP. Dado el carácter básico de la normativa contractual, en particular del mencionado precepto, y su consiguiente aplicación a todas las administraciones públicas, un amplio sector doctrinal ha considerado que el arrendamiento de servicios como forma de gestión de los servicios públicos no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.²⁸ A nuestro juicio, existen razones suficientes para mantener la subsistencia de la figura contractual en el ámbito local, tales como su larga tradición en dicho ámbito y su expresa previsión en el artículo 85 de la LRRL, y la pretensión refundidora del TRLCAP de las leyes estrictamente contractuales obviando la existencia de modalidades contractuales genuinamente locales. El artículo 214 de la LAL de Aragón ha optado por su específico mantenimiento.²⁹

Consiste en el arrendamiento de instalaciones de pertenencia local para que el arrendatario preste en ellas el servicio de que se trate. El rasgo fundamental radica en que la Administración contratante es titular en concepto de propietaria de las instalaciones objeto del contrato, que son preexistentes a la realización de éste; obteniendo a cambio de ello un canon en concepto de contraprestación.

No obstante, esta caracterización no deslinda en exceso esta figura de la concesión. Diversas han sido las teorías que han intentado dar carta de naturaleza a esta distinción: Mestre Delgado ha hecho referencia a “radical y profunda colaboración que el concesionario presta en la gestión del servicio”; Sosa Wagner en “el especial haz de derechos y facultades” del concesionario en relación con el arrendatario y en el sistema de retribución, tarifa en la concesión y precio en el arrendamiento; F. Lliset

26. Artículo 302 del RBASO de las entidades locales de Aragón.

27. Así lo dispone expresamente el artículo 303 del RBASO de las entidades locales de Aragón, en desarrollo lógico del artículo 157 del TRLCAP.

28. En ese sentido se manifiesta GIMENO FELIU, J. M., en “De los servicios públicos locales...”, *op. cit.*, p. 331. En el mismo sentido “Comentarios...”, *op. cit.*, p. 1161 y ss.

29. En idéntica posición SOSA WAGNER, F., en “La gestión...”, *op. cit.*, p. 181; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., en *Manual...*, *op. cit.*; LLISSET BORREL, F. i LÓPEZ PELLICER, J. A., en *Reglamento de servicios de las corporaciones locales*, p. 476 (*El consultor*, Madrid, 2002).

Borrel y J. A. López Pellicer se manifiestan en este último sentido. En última instancia, si bien Albi mostraba su criterio desfavorable sobre esta figura “[...] porque se basa en el absurdo supuesto de que en determinados modos de gestión de servicios públicos pudieran ser primordiales los intereses económicos; es decir, la posibilidad de un beneficio dinerario, sobre los de carácter general, que constituye la finalidad suprema de la competencia de las entidades locales”, este criterio será el determinante en la elección de un modo de gestión u otro. “Será utilizable esta forma de gestión indirecta cuando se hubieren de tener en cuenta los intereses económicos de la corporación contratante en orden a la disminución de los costos o al aumento de los ingresos [...]”, constituyendo con ello más una técnica financiera de explotación que un verdadero modo de gestión propiamente dicho.

El RS excluye de esta modalidad contractual los relacionados con la beneficencia, la asistencia sanitaria, los incendios y los establecimientos de crédito. Por su parte, el RBASO de Aragón no establece exclusión específica alguna a este respecto.

5. Referencias a las actuaciones administrativas preparatorias del contrato y a la adjudicación del contrato

5.1. Actuaciones preparatorias

En el ámbito de las administraciones locales, la iniciativa para el establecimiento o la prestación de un servicio público exigirá previamente la aprobación de un expediente acreditativo de la oportunidad y la conveniencia del mismo, tal como expresamente se dispone en el artículo 86.1 de la LRRL y se reitera en la diversa legislación autonómica,³⁰ previéndose expresamente en el artículo 232.5 del RBASO de Aragón la tramitación de un expediente de similar naturaleza y contenido para los supuestos de cambio de la forma de gestión del servicio. Esta atribución, de conformidad con el artículo 22.1.d) de la LRRL, corresponde al Pleno.

Con carácter común a las distintas modalidades contractuales de gestión de servicio público, el artículo 158 del TRLCAP establece el régimen general de los expedientes de contratación de gestión de servicios públi-

cos, así como el régimen particular de esta tipología contractual que comprendan la ejecución de obras y el régimen especial de la contratación de la prestación de asistencia sanitaria motivada por supuestos de urgencia cuyo importe sea inferior a 12.020,24 euros (2.000.000 pesetas). Centraremos brevemente nuestra atención en los dos primeros supuestos:

a) Régimen general. En concordancia con lo previsto en los artículos 49 y 51 del TRLCAP se dispone que todo contrato irá precedido del pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas. Del artículo 66.1 y 4 del RGLCAP se desprende que el régimen jurídico básico del servicio, con expresión de los reglamentos reguladores del servicio y de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos, así como, en su caso, las tarifas a abonar por los usuarios, el precio o la contraprestación a abonar por la Administración o el canon a satisfacer por el contratista deben establecerse con nitidez en el pliego de cláusulas administrativas particulares,³¹ circunscribiendo el pliego de prescripciones técnicas a las características técnicas de las prestaciones del contrato.³²

El artículo 183 del RGLCAP introduce una nueva previsión al establecer la existencia de un proyecto de explotación que se referirá a servicios susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional, que deberá incorporarse al expediente antes de la aprobación de éste, y que contendrá un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y particularidades técnicas que resulten precisas para su definición. Observamos una evidente duplicidad en el contenido del pliego de cláusulas administrativas y el denominado proyecto de explotación, consecuencia de la introducción de un instrumento ajeno a la lógica contractual y que responde a la lógica del establecimiento del servicio, que se resuelve considerando el denominado proyecto de explotación como un requisito imprescindible previo a la elaboración de los pliegos contractuales propiamente dichos.³³

b) Contratos que, además, comprendan la ejecución de obras. Se prevé igualmente la aprobación previa de un anteproyecto de explotación y de las obras precisas que especificará las condiciones técnicas para su realización, remitiéndose *in totum* a la regulación de la concesión de obra pública. En el supuesto de que el proyecto de las

30. Recientemente la STS de 25 de abril de 2002, *La Ley 7551/2002*, ha reiterado el carácter imprescindible de este requisito en los supuestos de actividades económicas de las entidades locales, siendo su argumentación aplicable a los supuestos que nos ocupan.

31. En una posición distinta, atribuyendo esa misión al pliego de prescripciones técnicas, *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, op. cit., p. 1174.

32. No debe olvidarse lo dispuesto en el artículo 68.3 del RGLCAP, que impide que los pliegos de prescripciones técnicas contengan cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas.

33. En este sentido se manifestaba la STS de 30 de junio de 1990, que consideraba que el pliego de cláusulas es consecuencia del proyecto técnico. Por su parte el artículo 226 del RBASO de las entidades locales de Aragón incide en la confluencia de dos lógicas distintas, la contractual propiamente dicha y la propia del establecimiento del servicio, al prever que “[...] deberá incorporarse al expediente de contratación antes de la aprobación de este último”.

obras a realizar deba ser redactado por el contratista el artículo 183.3 del RGLCAP dispone que una vez realizado sea aprobado por el órgano de contratación.

5.2. Procedimiento y forma de adjudicación

El artículo 159.1 del TRLCAP con carácter básico establece que el procedimiento a utilizar será el abierto o el restringido y la forma de adjudicación el concurso; enumerándose a continuación en el apartado 2 los supuestos en los que, previa justificación razonada en el expediente y expreso acuerdo del órgano de contratación, cabe la utilización del procedimiento negociado.

El órgano competente para efectuar la contratación de conformidad con el artículo 21.1.ñ) de la LRBRL lo será el alcalde si el importe no supera el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, ni en cualquier caso los mil millones de pesetas, incluidos los de carácter plurianual cuando no supere los cuatro años y el mencionado porcentaje se refiera a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio. En los restantes supuestos la competencia corresponderá al Pleno corporativo. ■

El procedimiento de aprobación del nuevo Plan insular de ordenación de Gran Canaria¹

Carlos Manuel Trujillo Morales
*Letrado asesor-director
del Excelentísimo Cabildo Insular
de Gran Canaria*

1. Antecedentes²

1.1. El Plan insular de ordenación del territorio (PIOT) de Gran Canaria, del año 1995

El 27 de enero de 1995 el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma aprobó definitivamente el Plan insular de ordenación del territorio (PIOT).

El PIOT de 1995 fue objeto de más de treinta recursos contencioso-administrativos, interpuestos ante la sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Con fecha 8 de enero de 1998, se dictó la primera sentencia que anuló dicho plan, resolución judicial contra la que se interpuso el recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Al hilo de la anterior sentencia, dicho tribunal canario fue dictando muchas otras en igual sentido.

Durante todo este tiempo se han ido aprobando varias modificaciones puntuales del PIOT de 1995 (muchas de ellas están impugnadas en la jurisdicción contencioso-administrativa), que incidieron sustancialmente en el documento e influyeron, junto con otros factores, a que se tramitara la revisión que motiva este informe.

El 6 de mayo de 2002³ la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó sentencia⁴ desestimatoria de los recursos de casación y se confirmó la del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 8 de enero de 1998, matizando que la anulación por éste del PIOT de 1995 de Gran Canaria se produjo por el vicio formal o de procedimiento en la tramitación del plan, consistente en que no se abrió un nuevo periodo de audiencia e información pública como consecuencia de las modificaciones sustanciales introducidas por el Gobierno de Canarias en la aprobación definitiva, así como dejando constancia de que el resto de los argumentos de la sentencia canaria eran inútiles y sólo debían considerarse a mayor abundamiento, pero sin formar parte de la razón de decidir.

1.2. La revisión o nuevo PIOT, con inclusión del Plan de ordenación de los recursos naturales (PIOT-PORN)

El 26 de junio de 1997 la corporación en pleno aprobó por unanimidad el avance de la revisión del PIOT de 1995 de Gran Canaria, con inclusión del contenido inherente al Plan de ordenación de los recursos naturales (PIOT-PORN, en adelante). El acuerdo aprobatorio de dicho avance y su expediente administrativo se sometieron a información pública entre el 5 de julio y el 2 de septiembre de 1997, ambos inclusive, en el cabildo y en todos los ayuntamientos de Gran Canaria.

1. Esta publicación no contiene todo el pormenorizado relato de antecedentes del informe original y sintetiza su fundamento jurídico segundo.

2. Abreviaturas utilizadas:

BOC: Boletín Oficial de Canarias.

BOP: Boletín Oficial de la Provincia.

CE: Constitución española, de 27 de diciembre de 1978.

COTMAC: Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias.

Ley canaria de planes insulares de 1987: Ley 1/1987, de 13 de marzo, reguladora de los planes insulares.

Ley estatal del suelo y valoraciones de 1998: Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, del régimen del suelo y valoraciones.

LOTCA: Ley 9/1999, de 13 de mayo, de ordenación del territorio de Canarias.

TRLOTCA: Texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias, aprobado mediante Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo.

LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, con las modificaciones operadas por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

El 29 de abril de 1998 el Pleno del cabildo aprobó inicialmente la revisión del PIOT-PORN de Gran Canaria y acordó someterlo a información pública.

El acuerdo aprobatorio inicial y su expediente administrativo se expusieron a información pública, por el plazo de un mes a contar desde la publicación del anuncio en el BOC. Mediante el Decreto presidencial del 18 de junio de 1998 se autorizó la prórroga del periodo de exposición pública hasta el 30 de junio de 1998. Por consiguiente, la aprobación inicial de la revisión del PIOT-PORN estuvo en información pública entre el 25 de mayo y el 30 de junio de 1998, ambos inclusive, en el cabildo y en todos los ayuntamientos de esta isla.

A continuación, se dio audiencia a los municipios durante un mes y luego se solicitó informes a los organismos oficiales para que los evacuaran dentro del mes siguiente.

Entre junio y diciembre de 1998, y a la vista del resultado de la anterior información pública, la entonces Consejera del Área de Política Territorial y el equipo redactor del plan fueron contestando a las alegaciones y perfeccionando el documento para su aprobación provisional. Sin embargo, se observó entonces que pronto se aprobaría una ley canaria del territorio y, además, que en junio de 1999 habría elecciones locales y autonómicas; todo lo cual influyó sobremedida para que, el 30 de diciembre de 1998, la corporación en pleno acordara dejar sobre la mesa la aprobación provisional de la revisión o nuevo PIOT-PORN.

PIOT de 1995: Plan insular de ordenación del territorio, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias mediante Decreto número 7, de 27 de enero, y corregidos sus errores materiales mediante Decreto número 42, del 10 de marzo siguiente.

PIOT-PORN: PIOT de 1995, objeto de revisión para, entre otras cosas, incluir el Plan de ordenación de los recursos naturales (PORN).

PIO: Plan insular de ordenación, resultante de la conversión del PIOT-PORN para adaptarlo a la LOTCA y al TRLOTCA.

TRLS de 1976: Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real decreto 1346/1976, de 9 de abril.

RPLAN de 1978: Reglamento estatal de planeamiento para el desarrollo y la aplicación de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado mediante Decreto 2159/1978, de 23 de junio.

TRLS de 1992: Texto refundido de la Ley estatal sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio.

3. Por lo que se refiere a los efectos de esa sentencia en todo este procedimiento interesa decir que, en la memoria del plan (título 0, capítulo II del volumen III), se considera lo siguiente: “[...] Tal anulación no ha afectado materialmente a este procedimiento de revisión, aunque lógicamente ya no sea precisa una cláusula derogatoria de algo que ya no existe en el ordenamiento jurídico. Esto supone que, aun bajo la forma de la revisión, se está alumbrando materialmente un nuevo plan insular de ordenación. No ha de olvidarse que la revisión supone pleno ejercicio de la potestad de planeamiento y lo que resulta más importante el procedimiento para la revisión es idéntico al de la primera aprobación, por lo que nada hubiera sido diferente entre el procedimiento llevado a cabo hasta ahora y el de redacción de un nuevo plan. Asimismo no ha de olvidarse la renovación plena del marco normativo en el que encuentra su apoyo el Plan insular de ordenación que ha incidido fuertemente en el presente documento”. Además, añado yo, ha tenido lugar la aprobación inicial de las directrices de ordenación general y las directrices de ordenación del turismo de Canarias, que se han tenido en cuenta en la planificación en trámite.

1.3. La nueva Ley de ordenación del territorio de Canarias (LOTCA) y su posterior texto refundido (TRLOTCA)

Tras el caos jurídico urbanístico que produjo la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, al que luego aludiré brevemente, el Parlamento de Canarias aprobó, el 13 de mayo de 1999, la Ley 9, de ordenación del territorio de Canarias (LOTCA, en adelante), la cual se publicó en el BOC número 61 del 14 siguiente y entró en vigor el día 15 inmediato. El 8 de mayo de 2000 (publicado en el BOC número 60 del 15 posterior y con entrada en vigor el mismo día), el Gobierno de Canarias aprobó, mediante Decreto legislativo número 1, el Texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias (TRLOTCA, en adelante).

1.4. La aprobación de modificaciones sustanciales del PIOT-PORN, en trámite de revisión o formación, para adaptarlo al TRLOTCA

1.4.1. Aprobación de las modificaciones sustanciales

Tras tomar posesión los nuevos consejeros de esta corporación insular nombrados en las elecciones del 13 de junio de 1999, y estando ya en vigor la LOTCA, se inició todo el proceso para adaptar el plan, en fase de revisión, a dicha ley canaria, de conformidad con lo dispuesto en su disposición transitoria segunda.

4. Una vez ya elaborado el informe, la Sección Quinta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia, con fecha 20 de febrero de 2003 (notificada al cabildo el día 5 de marzo siguiente), en el recurso de casación 7775/1999, promovido por Puerto Rico, S.A. contra la que, el 1 de julio de 1999, se había emitido por la sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el Recurso 817/1995, interpuesto por la citada entidad mercantil contra la aprobación definitiva del Plan insular de ordenación del territorio (PIOT) de Gran Canaria. Dicha nueva sentencia del alto tribunal declaró que había lugar a la casación y, por tanto, revocó la sentencia del tribunal canario por haber cometido incongruencia omisiva; es decir, por no haberse pronunciado sobre la validez o no del Decreto 42/1995, de 10 de marzo, de corrección de errores materiales advertidos en el Decreto 7/1995, de 27 de enero anterior, ambos dictados por el Gobierno de Canarias para la aprobación definitiva del PIOT de Gran Canaria, así como por no haber fallado respecto a la indemnización de daños y perjuicios solicitados por la recurrente.

Acto seguido y entrando en el fondo del asunto, el Tribunal Supremo desestimó el recurso contencioso-administrativo de Puerto Rico, S.A., rechazando también su reclamación de daños y perjuicios, por considerar (cambiando de criterio respecto a sentencias anteriores de la misma Sección Quinta de su Sala Tercera, en las que incluso el ponente había sido el mismo magistrado Excmo. Señor Yagüe Gil) que el PIOT de Gran Canaria se ajusta a derecho al no vulnerar la autonomía local, y que el Decreto 42/1995, de 10 de marzo, corrigió verdaderos errores materiales al constatar en la redacción corregida de su artículo 77.2.a) la reclasificación a rústico de los ámbitos de Cortadores y Veneguera, los cuales (dice ahora el alto tribunal) ya estaban reclasificados en los planos de ordenación aprobados definitivamente mediante el Decreto 7/1995, de 10 de enero, y habían sido objeto de informe de la CUMAC, el 28 de julio de 1994, y de aclaración en la propia sesión de la CUMAC del 21 de septiembre siguiente.

El 27 de julio de 2001, y en relación con la revisión o el nuevo plan aprobado inicialmente el 29 de abril de 1998, y estando ya en vigor el TRLOTCA, la corporación en pleno aprobó las modificaciones sustanciales introducidas para adaptarlo a éste y acordó someter a información pública, por el plazo de dos meses, el Plan insular de ordenación (PIO, en adelante) de Gran Canaria.

1.4.2. Trámite de información pública y participación de las administraciones públicas en relación con el nuevo PIO, fruto de la modificación sustancial del PIOT-PORN para adaptarlo al TRLOTCA

El acuerdo aprobatorio de las modificaciones sustanciales y todo el expediente administrativo se sometieron a información pública y participación de las administraciones públicas, por un plazo superior a dos meses comprendido entre el 20 de agosto y el 22 de octubre de 2001, ambos inclusive, a cuyo fin se publicó el correspondiente anuncio, durante cuyo tiempo el expediente estuvo a disposición del público en las oficinas de los cabildos, y, asimismo y en soporte informático de CD-ROM debidamente diligenciado, se remitió a todas las personas que constan en el expediente y, muy en especial, a los ayuntamientos y demás administraciones públicas para facilitar el trámite de consulta y las alegaciones.

Además, mediante Decreto presidencial del 10 de octubre de 2001 se prorrogó el periodo de información pública y participación de las administraciones públicas hasta el 22 de noviembre siguiente, inclusive.

El PIO, fruto de esas modificaciones para adaptarse al TRLOTCA, se sometió a información pública y a participación de las administraciones públicas entre el 20 de agosto y el 22 de noviembre de 2001, ambos inclusive, en el cabildo y en los ayuntamientos, todo ello para seguir fomentando la mayor participación posible, tanto de los ciudadanos como de las personas jurídicas, públicas y privadas.

1.4.3. Nueva información pública y audiencia a las administraciones públicas del proyecto de modificación del PIO, a raíz del informe técnico-propuesta de estimar total o parcialmente diversas alegaciones y diversos informes presentados durante el trámite participativo anterior a éste

Durante la anterior información pública y la audiencia a las administraciones públicas se presentaron múltiples

alegaciones e informes, muchos de los cuales el consejero del área y el equipo técnico proponen estima, lo que obliga, para incorporarlas al proyecto de modificación del PIO, a ajustar consecuentemente el documento en diversos aspectos,⁵ aprovechando también la ocasión para considerar el contenido de las directrices de ordenación general y las directrices de ordenación del turismo de Canarias, en tramitación.

Como consecuencia de lo anterior, el 30 de julio de 2002 el Pleno del cabildo acordó abrir un nuevo periodo de información pública o participación ciudadana, y también un plazo simultáneo de intervención de las distintas administraciones públicas con competencias sectoriales afectadas.

El documento o proyecto de modificación del PIO, junto con el informe técnico-propuesta del consejero y equipo redactor de modificar o ajustar el nuevo PIO, en virtud de su propuesta de estimar total o parcialmente múltiples alegaciones e informes presentados durante su exposición pública, se sometieron nuevamente a información pública y a participación de las administraciones públicas entre el 22 de agosto y el 30 de septiembre de 2002, ambos inclusive, en las propias oficinas del cabildo e indirectamente en los ayuntamientos receptores del mentado CD-ROM.

Pues, bien, en función de estos antecedentes fácticos se plantea lo siguiente.

1.5. Consulta u objeto del informe

A raíz del complejo debate que, en el Pleno de 30 de julio de 2002, se suscitó entre el consejero de Política Territorial y el portavoz de Coalición Canaria, de una parte, y el portavoz del Grupo Socialista de este cabildo, de la otra, así como en función del ruego realizado por éste en la sesión plenaria de 27 de septiembre de 2002, en el sentido que se pidiera un informe a esta asesoría jurídica sobre la situación del procedimiento administrativo del PIOT-PORN, convertido en el actual PIO para adaptarse al TRLOTCA, en este dictamen procuraré desarrollar, de la mejor forma posible y con fundamento en el ordenamiento jurídico, lo siguiente:⁶

Cuál es la normativa aplicable aquí y cuál es el procedimiento administrativo que, en este caso, debía y debe seguirse en la tramitación del nuevo Plan insular de Gran Canaria, para, acto seguido y poniéndolo en rela-

5. En efecto, tales ajustes se realizan en la zonificación, el régimen de usos relativo a las actividades agrícola y ganadera, la mejor organización de los contenidos del plan para una más fácil comprensión del mismo, la representación gráfica como corredores (y no como trazas concretas) de las previsiones en materia de carreteras, remitidas, al igual que todos los trazados de infraestructura, a plan territorial especial, la profundización de la diagnosis ambiental, la reconsideración de la regulación de usos con mayor afección potencial al medio rural, suprimiéndose la figura del turismo especial en el interior y restringiéndose el turismo de naturaleza a los asentamientos y sistemas de disperso, etcétera.

6. Al respecto, debo decir que, previo estudio detallado del asunto, el criterio manifestado verbalmente por este letrado en distintas reuniones celebradas en el cabildo con el consejero de Política Territorial y miembros de equipo redactor (a falta sólo de plasmarlas por escrito, tal como aquí se hace) coincide, en lo esencial, con el manifestado por el catedrático en derecho administrativo, Don Luciano Parejo Alfonso, con motivo de la posterior reunión mantenida el viernes, 18 de octubre de 2002, en la Universidad Carlos III de Madrid.

ción con los antecedentes, concluir si el procedimiento seguido hasta ahora se ajusta o no a Derecho.

Y, de forma muy especial, si el acuerdo plenario de 30 de julio de 2002⁷ infringe o no el ordenamiento jurídico, por haberse sometido a información pública y participación de las administraciones públicas (sin haberse aprobado previamente por la corporación en Pleno) el proyecto de modificación del PIO y el informe técnico-propuesta del consejero y del equipo redactor de modificar y/o ajustar el nuevo PIOT-PORN, convertido en PIO para la citada adaptación al TRLOTCA, en virtud de su propuesta de estimar total o parcialmente varias alegaciones e informes presentados durante su exposición pública.

Y, por último y habiéndose encargado este informe jurídico sólo en relación con la cuestión procedimental del plan, también debo añadir que, en consecuencia, no será objeto del mismo toda la polémica existente en torno al suelo de Veneguera ni tampoco las demás cuestiones que se hayan suscitado durante los trámites de información pública y audiencia a las administraciones públicas.

2. Fundamentos jurídicos

2.1. Algunas reflexiones importantes sobre el procedimiento administrativo; en general, aplicables a procedimientos administrativos especiales tales como el urbanístico de aprobación de planes

1) Antes de entrar a fondo en el objeto del informe conviene reflexionar sobre el procedimiento administrativo, en general, por cuanto su estructura y sus principios son aplicables a los procedimientos especiales, entre los que se incluyen los urbanísticos sobre aprobación de planes.

2) Así, siguiendo a los profesores García de Enterría, González Pérez y González Navarro, puede decirse que el procedimiento administrativo es la primera de las garantías de los administrados, pues supone que la actividad de la Administración tiene que canalizarse obligadamente a través de unos cauces determinados, esto es,

un iter jurídicamente regulado *a priori*, todo ello como requisito mínimo para que pueda ser calificada de actividad legítima.

3) Por lo tanto, el procedimiento administrativo, en general, se singulariza como el modo de producción de los actos administrativos y, si bien constituye asimismo una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es, también y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y las decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte en el procedimiento y árbitro del mismo.⁸

4) El procedimiento administrativo no es un acto complejo, sino, más propiamente, una cadena o un complejo de actos del administrado y la Administración, de diverso valor, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final.

5) El propio Merkl había notado ya que la más eficaz de las garantías se realiza por la colaboración en el procedimiento administrativo de aquellas personas cuyos derechos y obligaciones van a quedar afectados por el mismo, por lo que la reglamentación de esa colaboración vendría a ser la institución fundamental del derecho de procedimiento. Esta temprana advertencia ha pasado a ocupar hoy un indudable primer plano, en el marco del Estado social y democrático de derecho que proclama la norma fundamental, Estado al que es de esencia la idea de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (*vid.*, entre otros, los artículos 9.2, 23.1 y 105 de la CE, de 27 de diciembre de 1978), lo que inevitablemente proyecta su influencia sobre el procedimiento a través del cual han de adoptarse las decisiones en que la gestión de dichos asuntos se plasma.

6) La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, con las modificaciones operadas por la Ley 4/1999, de 13 de enero (LRJPAC, en adelante), proclama su pretensión de aplicación general sobre todas las administraciones públicas, sin más excepción que las integrantes de la llamada

7. Merece ser destacado del acuerdo lo siguiente:

"[...] Considerando la tramitación paralela de las directrices de ordenación general y las directrices de ordenación del turismo de Canarias, aprobadas inicialmente por el Gobierno de Canarias y, a la vista del informe emitido por el Servicio de Planeamiento en el que se valoran preliminarmente las alegaciones realizadas durante la tramitación del Plan insular de ordenación, así como los ajustes que se generan en el documento, con el objeto de garantizar la participación más amplia de los ciudadanos y administraciones públicas en la elaboración del mismo, dada su naturaleza y relevancia para el futuro desarrollo de la isla, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de nuestra Constitución y el artículo 86 de la Ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común:

'1.) Abrir un período de información pública, mediante anuncios que se publicarán en el *Boletín Oficial* de la comunidad autónoma y en los dos dia-

rios de mayor circulación en la misma, con el fin de que cualquier entidad o persona interesada pueda examinar dicha documentación y presentar las alegaciones que estime conveniente, otorgándose un nuevo plazo fijado entre el día siguiente al de la publicación del anuncio en el citado *Boletín Oficial* y el 30 de septiembre del presente año, ambos inclusive.

'2) Abrir un período simultáneo de participación de las distintas administraciones públicas, con competencias sectoriales afectadas, a los mismos efectos [...]."

8. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 1971, dice que "[...] el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones [...]."

Administración corporativa, y, aunque no afirme expresamente, como lo hizo la Ley de procedimiento administrativo de 1958, el carácter supletorio de sus normas con respecto a las reguladoras de los distintos procedimientos especiales, responde a idéntico planteamiento e incluso lo agudiza. Así, el título VI de la LRJPAC no regula, propiamente hablando, un procedimiento administrativo concreto, sino que se limita a establecer unas “disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”.

7) Por ello, el procedimiento regulado en la LRJPAC es aplicable a la total actividad de las administraciones públicas, y los principios generales de aquél, rectamente entendidos, son el único medio de asegurar ese mínimo de unidad que reduce la tendencia a la dispersión y al particularismo. Sólo de esta manera se podrá llegar a comprender la esencia última de la institución en su triple dimensión de vehículo de participación de los administrados en la elaboración de las decisiones administrativas, de mecanismo de garantía de los derechos de los particulares y de cauce para la pronta y eficaz satisfacción de los intereses generales.

8) Además, el procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquélla dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares.

9) Pertenece, pues, a la esencia misma del procedimiento administrativo como institución jurídica, procurar que se llegue a la decisión final, eficaz y justa, que constituye el objetivo de la ordenación legal de todos los requisitos y los trámites intermedios. Así, los artículos 74.1 y 78.1 de la LRJPAC dicen que, una vez iniciado, el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites para llegar a la decisión final. Por ello, no es difícil de explicar en qué consiste la instrumentalidad que se predica de los actos intermedios respecto de la resolución final.

10) Y su artículo 41 responsabiliza directamente de la tramitación del procedimiento a los titulares de las unidades administrativas que tuvieren a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, a los que ordena adoptar “las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos”, así como disponer “lo necesario para evitar o eliminar toda anormalidad en la tramitación de los procedimientos”. En caso de duda, debe resolverse ésta en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento hasta su total conclusión.

11) En este escenario, iniciado el procedimiento, surgen para el interesado los derechos a participar activamente en su tramitación y desarrollo, y para el órgano

competente el deber de impulsarlo de oficio y, en concreto, de desarrollar también de oficio, o a petición del interesado, los actos de instrucción adecuados para la determinación, el conocimiento y la comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

12) Entre los actos de instrucción figuran, como más habituales, las alegaciones de los interesados, los informes y las pruebas. Aquí destaco el informe, muy importante en el procedimiento urbanístico, como acto de trámite previo o como medio de aportación de datos que hace posible la emisión del acto final o, al menos, sirve de control previo de su corrección legal o técnica.

13) En ocasiones, sin embargo, la naturaleza del procedimiento exige habilitar un trámite de alegaciones especial y de mayor alcance, capaz de aportar al expediente puntos de vista inicialmente desconocidos y sacar a la luz intereses cuya existencia se presume, pero que no es posible identificar *a priori*. Ningún inconveniente hay para que se aproveche la información pública (artículo 86 de la LRJPAC) como medio de conocer la opinión del público general e indeterminado; trámite que, en virtud del artículo 86.2 de la LRJPAC en relación con el 48.1, no podrá ser inferior a veinte días hábiles.

14) Esa es, concretamente, la virtualidad de la información pública, de gran arraigo en el procedimiento especial de aprobación de planes (por citar algunas, sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1987, de 1 de diciembre de 1989 y de 24 de septiembre de 1999).

15) En cuanto al valor de las alegaciones y las observaciones que puedan formularse por este medio, hay que decir que la comparecencia en el trámite de información pública no otorga sin más la condición de interesado en el procedimiento, pero sí obliga a la Administración a darles una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales (párrafo segundo del número 3 del artículo 86 de la LRJPAC), y a resolver todas las cuestiones planteadas por los interesados, bien para aceptarlas o bien para rechazarlas, y aquellas otras derivadas del expediente, hayan sido o no alegadas por éstos (artículos 89.1 y 113 de la LRJPAC), todo ello so pena de incongruencia determinante de la nulidad de la resolución final que pueda dictarse (*vid.*, al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1972).

16) Por esa razón, en los procedimientos especiales en que se prevé su práctica con carácter preceptivo es habitual que se exija la emisión por los órganos competentes de un informe específico sobre dichas observaciones antes de proseguir la tramitación del procedimiento.

17) En efecto, esos informes y esos dictámenes emitidos por los órganos consultivos durante la tramitación del procedimiento adquieren una especial relevancia,

en cuanto declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisorio y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto (artículos 82 y 83 de la LRJ-PAC); informes que, en la mayoría de los casos y dentro de la fase de instrucción del procedimiento, se convierten en verdaderas propuestas que el órgano encargado de su tramitación eleva al órgano competente para decidir y que, por ende, preceden al acto final.

18) En definitiva, según deriva de todo lo dicho anteriormente, el legislador ha querido huir de la ordenación rígida y formalista de un procedimiento unitario en el que se den todas aquellas actuaciones integradas como fases del mismo, y, en consecuencia, no regula la iniciación, la ordenación, la instrucción y la terminación como fases o momentos preceptivos de un procedimiento, sino como tipos de actuaciones que podrán darse o no en cada caso, según la naturaleza y las exigencias propias del procedimiento de que se trate, de tal manera que cuando durante el procedimiento se omite algún trámite pero no se produce una indefensión real y efectiva del interesado⁹ y, por otra parte, puede demostrarse que la decisión final hubiera tenido que ser la misma en todo caso, lo procedente será prescindir del vicio formal y resolver el fondo de la cuestión debatida en aplicación de los principios *favor acti*¹⁰ y de economía procesal,¹¹ muy entroncados con los institutos de la conservación y la convalidación de los actos administrativos¹² (artículos 66 y 67 de la LRJPAC).

9. En efecto, es criterio jurisprudencial la relativización de los vicios de forma (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1998). En estos casos, para que se produzca la anulabilidad es necesario que en el defecto de forma o procedimiento concurren las circunstancias del artículo 63.2 de la LRJPAC, esto es, que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (sentencias del alto tribunal de 31 de enero de 1991, de 22 de marzo de 1994 y de 17 de mayo de 1994, entre muchas otras).

La jurisprudencia ha insistido en la necesidad de ponderar la relevancia del trámite procedimental en cada supuesto específico (por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero, de 6 de marzo y de 4 de mayo de 1998). Tales defectos sólo adquieren relieve cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando eventualmente su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración (Sentencia del alto tribunal de 26 de abril de 1985). De ahí que pueda purgarse a lo largo del procedimiento por el mismo órgano que lo produjo (sentencias del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1989 y de 27 de noviembre de 1990).

10. El principio *favor acti*, que despliega sus efectos más allá de la presunción de validez (artículo 57 de la LRJPAC), exige, por razones de economía procesal, la conservación de los actos o los trámites cuyo contenido sería el mismo de repetirse las actuaciones (dilatándose la tramitación, en contra del principio de celeridad y eficacia) para llegar a idénticos resultados. Si, racionalmente, puede preverse que se producirán los mismos actos, lo lógico es su mantenimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1993).

2.2. Legislación aplicable a este procedimiento administrativo

1) La normativa urbanística aplicable al caso, al tiempo de aprobarse el avance del PIOT-PORN (26 de junio de 1997) y hasta el 15 de mayo de 1999 (fecha de entrada en vigor de la LOTCA), era la Ley canaria 1/1987, de 13 de marzo, reguladora de los planes insulares de ordenación (en lo sucesivo, Ley canaria de planes insulares de 1987), razón por la cual resulta lógico y ajustado a derecho que ese nuevo PIOT-PORN iniciara su iter conforme a dicha Ley canaria de planes insulares de 1987.

2) Sin embargo, teniendo en cuenta que el nuevo PIOT-PORN se aprobó inicialmente el 29 de abril de 1998 y que la LOTCA y el TRLOTCA entraron en vigor el 15 de mayo de 1999 y el 15 de mayo de 2000, se colige, de la disposición transitoria segunda de uno y otro texto legal, que el cabildo podía optar entre seguir tramitando el PIOT-PORN según la entonces derogada Ley canaria de planes insulares de 1987 o bien adaptarlo, sustantiva y procedimentalmente, a la LOTCA y al TRLOTCA tal como acordó su Pleno el 27 de julio de 2001, pero conservando los trámites practicados anteriormente,¹³ es decir, el avance y la aprobación inicial con sus respectivas informaciones públicas y audiencia y participación de las administraciones públicas.

3) Por lo tanto, la siguiente conclusión que se obtiene es que, desde el 15 de mayo de 1999 (fecha de entrada en vigor de la LOTCA) en adelante, la adaptación procedimental y sustantiva del plan se regía por la LOTCA y por el ulterior TRLOTCA.

4) En este sentido, el nuevo PIOT-PORN (reitero: aprobado inicialmente el 29 de abril de 1998) que se estaba

11. Como bien se sabe, en el ordenamiento jurídico administrativo español opera como regla general la anulabilidad de los actos y no su nulidad absoluta o *in radice*, en virtud del principio de economía procedimental (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1980 y de 15 de junio de 1990).

12. La convalidación es el acto administrativo por el que se subsanan los defectos de un acto anterior anulable (sentencias del alto tribunal de 15 de febrero de 1988). Puede definirse, en definitiva, como la técnica en virtud de la cual el ordenamiento jurídico potencia la conservación del acto, prevaleciendo el criterio de su eficacia sobre el de su hipotética invalidez. Precisamente, los principios de celeridad, economía y eficacia que rigen en nuestro ordenamiento jurídico imponen la conservación del acto (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero, de 17 de marzo y de 9 de junio de 1981, de 23 de abril de 1982 y de 22 de abril de 1992).

13. La interpretación inválida de que la adaptación al TRLOTCA exigía iniciar el procedimiento desde el principio, esto es, desde el avance, iría contra el propio sentido o significado de la opción otorgada por el legislador canario de poder "adaptar el Plan aprobado inicialmente al TRLOTCA", pues esto sugiere, en sí mismo y a partir de la vigencia de la LOTCA y del TRLOTCA, respetar los aspectos sustantivos y procedimentales de estas normas, pero manteniendo las actuaciones realizadas antes, durante la vigencia de la Ley canaria de planes insulares de 1987, máxime teniendo en cuenta que dichos trámites son casi idénticos y que así viene impuesto por los citados principios de eficacia, conservación de actos y economía procedimental.

tramitando según la Ley canaria de planes insulares de 1987 debía adaptarse a la LOTCA y al TRLOTCA en el plazo previsto en sus disposiciones transitorias segunda. Sin embargo, estas disposiciones transitorias, y el plazo que establecían, fue sucesivamente modificado: primero por la disposición adicional segunda de la Ley canaria 2/2000, de 17 de julio, que amplió aquel plazo inicial de un año a tres años y, posteriormente, por la Ley canaria 2/2002 de 27 de marzo que amplió el plazo de adaptación hasta el 15 de mayo de 2003 y estableció la obligatoriedad de que los documentos de planeamiento, debidamente adaptados, se aprueben provisionalmente antes del 31 de diciembre de 2002 y se remitan a la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias (COTMAC, en adelante) dentro de los primeros quince días de enero de 2003.

5) Por otra parte, según los técnicos, no ha cambiado el modelo territorial de la isla previsto en la aprobación inicial del PIOT-PORN, de fecha 29 de abril de 1998, respecto al contemplado en el documento actual de PIO, el cual ha sido modificado para adaptarse al TRLOTCA y también técnicamente cambiado, de cara a la aprobación provisional, si se aceptan las modificaciones propuestas por el consejero y por el equipo técnico a raíz de las informaciones públicas y las audiencias a las administraciones públicas, y, aunque hubiera cambiado paulatinamente, también se ajustaría a derecho por las múltiples repeticiones de esos trámites participativos realizadas durante todo el procedimiento.

6) Por todo ello, por aplicación de los citados principios generales del *favor acti*, conservación de actos, eficacia administrativa y economía procedimental, se concluye *a priori* que el procedimiento seguido por el cabildo se ajusta a derecho en la medida en que, sin causar indefensión a nadie sino más bien potenciar al máximo el consenso y la participación en torno al plan, logra ambas cosas: mantener los trámites procedimentales de la Ley canaria de planes insulares de 1987, celebrados antes de la vigencia de la LOTCA (esto es, entre el 26 de junio de 1997 y el 15 de mayo de 1999), y adaptarse procedimental y sustantivamente a la LOTCA y al posterior TRLOTCA a partir de la entrada en vigor de éstos (es decir, desde el 15 de mayo de 1999 en adelante), en el bien entendido de que, respecto a esto último, la disposición transitoria décima de éstas asume como derecho supletorio, mientras no se hayan aprobado los reglamentos del TRLOTCA y en todo lo que no lo contradigan, el Reglamento estatal de planeamiento, aprobado por Real decreto 2159/1978, de 23 de junio (RPLAN de 1978, en adelante), y el Reglamento estatal de gestión urbanística, aprobado por Real decreto 3288/1978, de 25 de agosto.

7) Lo dicho en el número 6 anterior es correcto técnicamente porque no tendría sentido haber aprobado el PIOT-PORN según la Ley canaria de planes insulares de 1987 para, acto seguido, repetir desde el avance todo un procedimiento casi igual en orden a su modificación para convertirlo en PIO adaptado al TRLOTCA, cuando con un único procedimiento se podría lograr el fin perseguido, esto es, la aprobación de un nuevo plan insular ajustado al derecho vigente, todo ello con respeto a aquellos principios de eficacia administrativa y economía procedimental (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1987), y, por supuesto, de máxima participación ciudadana (artículos 9.2 y 105 de la CE, y 6.1 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones –Ley estatal del suelo y valoraciones de 1998, en adelante–).

2.3. El tipo de procedimiento administrativo aplicable para revisar y aprobar el nuevo PIOT-PORN, convertido luego en PIO para adaptarse a la LOTCA y al TRLOTCA

2.3.1. Primera fase: desde la aprobación del avance el 26 de junio de 1997 hasta la entrada en vigor de la LOTCA el 15 de mayo de 1999

1) En cuanto a esa primera etapa, la disposición final tercera de la Ley canaria de planes insulares de 1987 señala que la revisión de los mismos se ajustará a lo que dispone la vigente Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana y sus reglamentos para los planes generales municipales de ordenación, lo cual, teniendo en cuenta la fecha en que se inició este procedimiento (26 de junio de 1997, en que el Pleno aprobó el avance) y que, en ese momento, el TRLS de 1992 había sido anulado casi en su totalidad por el Tribunal Constitucional, me lleva a la conclusión de que, a 26 de junio de 1997, la legislación del suelo y sus reglamentos aplicables eran el TRLS de 1976 y el RPLAN de 1978.

2) En este sentido, *a priori* y por virtud de esa disposición final tercera de la Ley de planes insulares de 1987, podría concluirse que el procedimiento de revisión del plan sería, por analogía, el contenido en el artículo 114 del TRLS de 1976, en relación con el 126 y siguientes del RPLAN de 1978, preceptos que desarrollan la modificación de un plan general municipal de ordenación de una ciudad de más de 50.000 habitantes, cuya modificación habría de tramitarse igual que el procedimiento establecido para la elaboración de los mismos. Sin embargo, esa conclusión inicial de revisar el PIOT-PORN por los mismos trámites que la modificación o la aprobación de un plan general, en lugar de hacerlo por los mismos trámites que para la formación de un plan insular, queda desvirtuada por la jurisprudencia que comento seguidamente.

3) En efecto, el Tribunal Supremo¹⁴ (entre otras, sentencias de 22 de enero de 1988, de 27 de febrero de 1989

y de 8 y 2 de diciembre de 1996, y de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de febrero, y de 26 y 27 de octubre de 1999) ha venido diferenciando con claridad la revisión de la modificación del plan, considerando que la revisión es un proceso más reflexivo en el que se contemplan muchos más aspectos que en una simple modificación, aspectos que han de contemplarse de forma global y no aisladamente, precisamente por su relación con la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo.

4) Así, la revisión está motivada por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico o económico, que inciden sustancialmente sobre la ordenación o por el agotamiento de la capacidad del plan (artículo 154 del RPLAN de 1978), configurando el plan revisado como un auténtico nuevo plan (Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de octubre de 1997).

5) Y, en cuanto al procedimiento, la jurisprudencia es unánime en que la revisión se ajustará a los mismos trámites previstos para la formación del plan, es decir, que el procedimiento a seguir es el mismo que para la aprobación de un plan *ex novo* (artículos 154.2, aplicable analógicamente, y 157.3 del RPLAN de 1978), por lo que la revisión del PIOT de 1995 debía tramitarse por el mismo procedimiento que para su formación (*vid.* el artículo 8 y siguientes de la Ley canaria de planes insulares de 1987).

2.3.2. Segunda fase: desde el 15 de mayo de 1999, fecha de entrada en vigor de la LOTCA

6) Por lo que se refiere a este segundo periodo, debe tenerse en cuenta que las disposiciones transitorias décima de la LOTCA y el TRLOTCA se remiten, como derecho supletorio, al RPLAN de 1978, razón por la cual, a partir de ese momento y también por analogía, el procedimiento debía continuar por los mismos cauces que el de aprobación de un plan general de una ciudad de más de 50.000 habitantes.

7) Dicho lo anterior y conectándolo con el FJ 2.2, se colige que la revisión del PIOT de 1995 para convertirlo en un plan nuevo con la denominación PIOT-PORN debía ajustarse, en su primera fase (de 26 de junio de 1997 al 15 de mayo de 1999), al mismo procedimiento que para su formación, lo cual se contenía en los artícu-

los del 8 al 12 de la Ley canaria de planes insulares de 1987, mientras que, en la segunda etapa (de 15 de mayo de 1999 en adelante), el procedimiento se continuaría por los trámites previstos en los artículos 20 de la LOTCA y del TRLOTCA¹⁵ en relación con el 126 y siguientes del RPLAN de 1978.

2.4. El iter procedimental concreto a seguir para la revisión PIOT-PORN, para convertirlo en PIO

2.4.1. Fase del procedimiento que compete al cabildo

2.4.1.1. Los trámites a realizar según los artículos del 8 al 12 de la Ley canaria de planes insulares de 1987 (del 26 de junio de 1997 al 15 de mayo de 1999)

1) Cuando los trabajos de revisión o aprobación del nuevo PIOT-PORN hubieran adquirido el suficiente grado de desarrollo que permitiera formular los criterios objetivos y las soluciones generales del planeamiento, este cabildo debía anunciar en el BOC y en 2 de los periódicos de mayor circulación de la provincia de Las Palmas la exposición al público del avance del planeamiento en sus oficinas administrativas, con remisión a cada uno de los ayuntamientos de un ejemplar de dicho avance para su difusión, todo ello al objeto de que, durante el plazo de treinta días naturales, pudieran formularse sugerencias y, en su caso, otras alternativas de planeamiento por los departamentos del Gobierno autónomo, las corporaciones, las asociaciones y los particulares (artículo 8.1 de la Ley canaria de planes insulares de 1987).

Finalizada la anterior información pública del avance, los servicios técnicos del cabildo insular estudiarían las sugerencias y las alternativas presentadas y propondrían la confirmación o la rectificación de los criterios y las soluciones generales del planeamiento (artículo 8.2).

2) Luego, la corporación insular en pleno, a la vista del resultado de la exposición al público y de los estudios técnicos realizados, acordaría lo procedente en cuanto a los criterios y las soluciones generales con arreglo a los cuales debían culminarse los trabajos de elaboración del plan (artículo 8.3).

3) Más tarde, culminados los trabajos, el Pleno del cabildo [artículos 33.2.d) y 22.2.c), en relación con el 47.3.i), ambos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local] acordaría, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que lo integran, la aprobación inicial de la revisión o el nuevo

14. Por razones de la mayor casuística judicial, las sentencias que cito ahora y en lo sucesivo, sobre urbanismo, están referidas al planeamiento municipal de aplicación analógica aquí.

15. Obsérvese que el TRLOTCA, en su artículo 20, poco dice sobre el procedimiento para la aprobación del PIO, por lo que (repito) debe aplicarse como derecho supletorio el RPLAN de 1978, en cuyo artículo 126 y siguientes se regula un procedimiento, para la aprobación de planes generales de orde-

nación municipal de una ciudad de más de 50.000 habitantes, casi igual al de los artículos 8 y 9 de la Ley canaria de planes insulares de 1987, cosa que avala la tesis de que, por eficacia administrativa y economía procedimental, no tendría sentido, para adaptarse al TRLOTCA, olvidarse de los trámites iniciados durante la vigencia de la Ley canaria de planes insulares de 1987 e iniciar el procedimiento desde el principio conforme al TRLTOCA en relación con el RPLAN de 1978.

PIOT-PORN y su sometimiento a información pública por el plazo, como mínimo, de un mes (artículo 9.1), mediante anuncio en el BOC y en dos de los diarios de mayor circulación de la provincia de Las Palmas (artículo 9.2). Durante este trámite de exposición al público, el expediente completo de la revisión o nuevo PIOT-PORN debería estar, tanto en el cabildo como en los ayuntamientos de la isla, a disposición de cualesquiera personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, interesadas en su consulta (artículo 9.3), quienes podrían presentar alegaciones al respecto (artículo 9.4). En toda la documentación sometida a información pública, el secretario general de esta corporación debería extender la oportuna diligencia en la que conste que es la aprobada inicialmente (artículo 125 del RPLAN de 1978, de aplicación supletoria al caso).

4) Finalizado el trámite precedente, el cabildo daría audiencia del expediente de revisión o el nuevo PIOT-PORN a todos los municipios del territorio insular, para que, en el plazo mínimo de un mes común para todos, pudieran presentar alegaciones sobre la misma (artículo 10.1).

5) Concluido el periodo anterior, el cabildo acordaría la remisión del expediente a los departamentos gubernamentales que no hubieran intervenido en la elaboración de la revisión o el nuevo PIOT-PORN para que, dentro del plazo que se fijara no superior a un mes, emitieran un informe al respecto, en particular sobre las directrices y las previsiones relacionadas con sus propias competencias (artículo 11.1), en el bien entendido de que, transcurrido un mes sin que lo hubiesen evacuado, dichos informes se considerarían favorables (artículo 11.2).

6) A la vista de ello, el órgano redactor de la revisión o el nuevo PIOT-PORN estudiaría tales alegaciones e informes y propondría al cabildo la aprobación provisional con las modificaciones que, en su caso, procederían¹⁶ (artículo 12).

2.4.1.2. Los trámites a continuar según el artículo 20 de la LOTCA y el TRLOTCA, porque el cabildo optó por adaptarse a este último, en relación con el 128.3 y siguientes del RPLAN de 1978 (desde el 15 de mayo de 1999 en adelante)

7) Seguidamente, el Pleno corporativo acordaría, también con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, optar por la adaptación del nuevo PIOT-PORN al TRLOTCA y, por ende, aprobar las modificaciones introducidas para tal efecto (disposiciones transitorias segunda, números 3 y 4, respectivamente, de la LOTCA y el TRLOTCA), convirtiendo el documento en

PIO, y el sometimiento del expediente administrativo a información pública y a consulta de los ayuntamientos de la isla, y de los departamentos del Gobierno, durante el plazo mínimo de un mes (párrafo segundo del artículo 130, en relación con el 128.3 y 4 del RPLAN de 1978), en el bien entendido de que todos los planos y demás documentos objeto de esa aprobación (la cual, tal como luego diré, tiene la naturaleza jurídica de primera aprobación provisional) deberían ser diligenciados por el secretario general del cabildo (artículo 131.3 y 5 del RPLAN de 1978).

8) A la vista de todo ello, el órgano redactor del PIO estudiaría todas las alegaciones y los informes y propondría al cabildo la aprobación provisional (en el procedimiento objeto de este informe, la segunda, con las modificaciones que, en su caso, procedieran, y, si éstas fueran sustanciales respecto del documento de la primera aprobación provisional, se abriría, antes de someterlo a esa segunda aprobación provisional, un nuevo periodo de información pública y audiencia a las corporaciones locales durante otro plazo de un mes como mínimo (párrafo segundo del artículo 130, en relación con el 128.3 y 4 del RPLAN de 1978).

9) Seguidamente, el Pleno corporativo aprobaría provisionalmente por segunda vez, también con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, el nuevo PIOT-PORN convertido en PIO por adaptación al TRLOTCA (artículo 20.4 del TRLOTCA en relación con el 130 del RPLAN de 1978) y acordaría la elevación del expediente al Gobierno de Canarias para su aprobación definitiva (artículo 20.4 del TRLOTCA), cuyos planos y demás documentos también deberían ser diligenciados por el secretario general del cabildo, haciendo constar que son los remitidos a efecto del informe de la COTMAC (artículo 20.4 del TRLOTCA en relación con el 131.3 y 5 del RPLAN de 1978).

2.4.2. Fase del procedimiento que compete al Gobierno de Canarias, a tramitar según el artículo 20.4 del TRLOTCA en relación con el 131 y siguientes del RPLAN de 1978

10) Recibido el expediente por el Gobierno de Canarias, debería informarse previamente por la COTMAC, cuyo informe sería preceptivo pero no vinculante (artículo 20.4 del TRLOTCA en relación con los 82 y 83.1 de la LRJPAC).

11) Y, finalmente, correspondería al Consejo de Gobierno de Canarias, a propuesta de su consejero de Política Territorial y Medio Ambiente, la aprobación definitiva¹⁷ (artículo 20.4 del TRLOTCA) de dicha revisión o nuevo PIOT-PORN, convertido en PIO por adap-

16. Recuérdese que esta aprobación provisional no se produjo porque la corporación en pleno, en su sesión de 30 de diciembre de 1998, acordó dejarla sobre la mesa a resultados de la entonces futura LOTCA y de las elecciones del 13 de junio de 1999.

17. Aplicando a este caso la abundante jurisprudencia que existe sobre la autonomía local, reconocida en los artículos 137 y 140 de la CE (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio, y 170/1989, de 19 de octubre, y sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1990, de 30

tación al TRLOTCA, cuyo acuerdo revestiría forma de decreto y sería publicado en el BOC (artículo 134 del RPLAN de 1978, aplicado supletoria y analógicamente).

2.5. Situación actual del expediente en función del antedicho procedimiento

Si relaciono los principales antecedentes de este dictamen jurídico con el procedimiento descrito en el FJ 2.4 anterior se colige lo siguiente:

2.5.1. Fase del procedimiento que compete al cabildo

1) Avance y su exposición pública:

El 26 de junio de 1997 la corporación en pleno aprobó por unanimidad el avance de la revisión del PIOT-PORN, hoy PIO por modificación para adaptarse a la LOTCA y al TRLOTCA, lo sometió a exposición pública en el cabildo y en todos los ayuntamientos de la isla, remitiéndoles un ejemplar del documento, durante el plazo de sesenta días naturales (el artículo 8.1 de la Ley canaria de planes insulares de 1987 exigía como mínimo treinta días), y, entre septiembre de 1997 y abril de 1998, y a la vista de las sugerencias y las alternativas presentadas al avance, se mejoró el documento para su aprobación inicial.

2) Aprobación inicial y su información pública, y participación de las administraciones públicas:

El 29 de abril de 1998 el Pleno aprobó inicialmente el plan con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros; lo sometió a información a pública durante un mes y seis días en el cabildo y en todos los ayuntamientos de Gran Canaria (el artículo 9.1 de la Ley canaria de planes insulares de 1987 fijaba como plazo mínimo un mes); luego otorgó audiencia a los municipios durante el plazo legal mínimo de un mes (artículo 10) y, finalmente, remitió el expediente a los organismos oficiales para que, en el plazo legal máximo de un mes, lo

informaran (artículo 11 de la entonces vigente Ley canaria de planes insulares de 1987).

3) Aprobación de modificaciones sustanciales¹⁸ del PIOT-PORN revisado, para adaptarlo al TRLOTCA y convertirlo en nuevo PIO, su información pública y la audiencia a las administraciones públicas:

Entre junio de 1999 y julio de 2001 el equipo técnico trabajó en la modificación del PIOT-PORN revisado, para adaptarlo a la LOTCA y al posterior TRLOTCA, y dar cumplimiento así a sus disposiciones transitorias segunda; el 27 de julio de 2001 se aprobó dicha modificación por el Pleno (primera aprobación provisional), con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, y se sometió, en el cabildo e indirectamente en todos los ayuntamientos (aquí mediante el envío del documento en CD-ROM diligenciado), a información pública y consulta de las administraciones públicas durante tres meses y tres días (el artículo 20.3 del TRLOTCA en relación con el 130¹⁹ del RPLAN de 1978, al que se remite la disposición transitoria décima del TRLOTCA, señala un mes de información pública y audiencia de las administraciones públicas, como mínimo).

4) Nueva información pública y audiencia de las administraciones públicas del proyecto de modificación del PIO, antes de la segunda aprobación provisional, en función de que el equipo técnico redactor propone volver a modificar el PIO por y para estimar total o parcialmente múltiples alegaciones e informes presentados durante el trámite participativo anterior a éste:

El equipo técnico redactor del PIO, tras estudiar las alegaciones y los informes presentados durante la información pública, y teniendo en cuenta que, de cara a la segunda aprobación provisional, propondrá (como así deriva de sus informes técnicos) modificaciones posiblemente sustanciales en comparación con el PIO

de enero de 1991 y de 15 de febrero y de 22 de junio de 1999) se concluye que la potestad de la Administración pública de la comunidad autónoma, en la aprobación definitiva del plan, en relación con el documento a formular, en este caso, por el Cabildo de Gran Canaria como Administración pública insular, está limitada a que sólo podrá controlar legítimamente los aspectos reglados del plan y también, en cuanto a los discrecionales, el respeto del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la CE) y las determinaciones que estén en conexión con intereses suprainisulares vinculados al modelo territorial superior de nuestra región.

Y así, bajo la anterior premisa, debe interpretarse el artículo 132 del RPLAN de 1978, precepto que regulará la aprobación definitiva del nuevo PIO, en virtud de la remisión realizada a éste por la disposición transitoria décima del TRLOTCA, y que dice: "1.) La aprobación definitiva es el acto del órgano estatal competente en cuya virtud el plan adquiere fuerza ejecutiva, una vez publicada. 2) La autoridad y el órgano que debe otorgar la aprobación definitiva examinará el plan en todos sus aspectos. Si no encontrare completo el contenido o faltare por realizar algún trámite, lo devolverá al organismo o la entidad de procedencia, a fin de que por el mismo se proceda a cumplimentar los requisitos o trámites omitidos. 3) Cuando el expediente esté formalmente completo, la administración competente podrá adoptar alguna de estas decisiones: a) Aprobar pura y simplemente el plan sometido a su consideración; b) Suspender la aprobación del plan por deficiencias que

debe subsanar la entidad o el organismo que hubiere otorgado la aprobación provisional, devolviendo a ésta el expediente. Si las deficiencias señaladas obligaren a introducir modificaciones sustanciales en el plan, éste se someterá de nuevo a información pública y, en su caso, a audiencia de las corporaciones locales a cuyo territorio afecte, elevándose finalmente, y previo acuerdo de la entidad, a la aprobación definitiva. Si las deficiencias no exigieren modificaciones sustanciales el órgano competente para la aprobación definitiva señalará en su acuerdo si, una vez subsanadas por la entidad que hubiere otorgado la aprobación provisional, debe elevarse de nuevo a la aprobación definitiva o si el plan entra en vigor directamente sin necesidad de este último trámite, una vez realizada la subsanación por la entidad o el organismo citado, de la que se dará cuenta a la administración competente; c) Denegar la aprobación definitiva del plan [...]".

18. Tal como se ha dicho e insistirá luego este acuerdo aprobatorio tiene naturaleza jurídica de primera aprobación provisional.

19. Sólo en el supuesto de que, por subrogación, el PIO hubiese sido formulado por la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias (artículo 20.2 de la LOTCA y del TRLOTCA), cuya hipótesis no se ha dado en este procedimiento, entonces el trámite sería de un mes, como mínimo, de información pública y audiencia a las administraciones públicas, más un mes, también como mínimo, para dar audiencia a este cabildo (artículo 129 del RPLAN de 1978).

aprobado para adaptar aquél al TRLOTCA (primera aprobación provisional), propuso al Pleno una nueva información pública u otorgamiento del trámite de participación ciudadana, previsto en el artículo 86 de la LRJPAC, y audiencia a las administraciones públicas, lo cual se aprobó por éste el 30 de julio de 2002, otorgando un mes y nueve días para exponer el nuevo proyecto de modificación del documento, en el cabildo e indirectamente en los ayuntamientos receptores del oportuno CD-ROM diligenciado (según el artículo 20.3 del TRLOTCA en relación con el artículo 130 del RPLAN de 1978 sería, como mínimo, un mes de información pública y audiencia a las administraciones públicas, mientras que a tenor de los artículos 86 y 48.1 de la LRJPAC, el primero expresamente invocado en el acuerdo ampliatorio, serían veinte días hábiles también como mínimo).

5) Sólo queda pendiente la segunda aprobación provisional:

En definitiva, en la instrucción del procedimiento por el cabildo sólo está pendiente la segunda aprobación provisional del plan por la corporación en pleno, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros (lo cual debería producirse antes del 31 de diciembre de 2002, según el número 2 *in fine* de la disposición transitoria segunda del TRLOTCA en relación con su ordinal 1), en cuyo momento se aprobaría el Texto refundido del nuevo PIO de Gran Canaria, dándose contestación o respuesta razonada a todas las alegaciones y los informes presentados durante las informaciones públicas y las audiencias a las administraciones públicas habidos entre la aprobación inicial (29 de abril de 1998) y esa futura segunda aprobación provisional, en el bien entendido de que si, con motivo del anterior trámite participativo, se volviera a modificar sustancialmente el documento, debería someterse nuevamente a información pública y audiencia de las administraciones públicas durante el plazo de un mes como mínimo, y así sucesivamente hasta que, por fin, no se introdujeran más alteraciones sustanciales y el plan se pudiera aprobar provisionalmente por última vez antes de remitirlo al Gobierno de Canarias para su aprobación definitiva, en su caso.

6) Recapitulación:

En principio, a falta de analizar en el siguiente fundamento jurídico la validez o no del acuerdo plenario de 30 de julio de 2002, se puede anticipar la siguiente conclusión: hasta ahora, el procedimiento que se viene tramitando por este Cabildo de Gran Canaria se ajusta al ordenamiento jurídico, según deriva de la fundamentación de derecho de este dictamen.

2.5.2. Fase del procedimiento que compete al Gobierno de Canarias

7) En cuanto a este particular me remito a lo dicho al res-

pecto al final del anterior FJ 2.4, toda vez que, no habiendo concluido los trámites que incumben a esta corporación insular (pues, en efecto, falta la segunda aprobación provisional del Texto refundido del nuevo PIO de Gran Canaria), no ha podido iniciarse todavía la fase correspondiente al Gobierno de Canarias, la cual, no obstante y en mi opinión, deberá tramitarse como allí se dijo.

2.6. Validez o invalidez del acuerdo plenario de 30 de julio de 2002, porque, sin haberse aprobado previamente por la corporación en pleno el proyecto de modificación del PIO, dicho proyecto se sometió a información pública junto con el informe técnico-propuesta del consejero y del equipo redactor de modificar o ajustar el PIO, en virtud de esa propuesta de estimar total o parcialmente muchas alegaciones e informes presentados durante las exposiciones públicas

1) Para dar respuesta a este epígrafe debe recordarse todo lo dicho sobre el procedimiento administrativo, en general (FJ 2.1), y ponerlo en relación con los epígrafes siguientes sobre la legislación aplicable a este procedimiento (FJ 2.2), sobre el procedimiento administrativo para la revisión o la aprobación del nuevo PIOT-PORN, convertido en PIO para adaptarse al TRLOTCA (fundamentos jurídicos 2.3 y 2.4), y sobre la situación actual del expediente en función del antedicho procedimiento (FJ 2.5).

2) Así las cosas, pronto se advierte que el Pleno podía y debía someter nuevamente a información pública el proyecto de modificación del PIO (como así lo hizo en la sesión de 30 de julio de 2002 y sin necesidad de aprobarlo previamente), a raíz del informe técnico-propuesta del consejero y del equipo redactor del plan, en virtud del cual se prevén modificaciones o ajustes del PIO como consecuencia de dicha propuesta de estimar total o parcialmente varias alegaciones y varios informes presentados durante su exposición pública.

3) En efecto, la anterior conclusión deriva de que ese informe técnico-propuesta es un acto intermedio, de trámite, respecto a la segunda aprobación provisional por el cabildo y a la definitiva por el Gobierno de Canarias, es decir, un acto de instrucción, un informe muy importante en este procedimiento urbanístico como medio de aportación de datos que hará posible, en su momento, las ulteriores segunda aprobación provisional y, sobre todo, aprobación definitiva.

4) Y fruto de ese informe técnico-propuesta, y obviamente antes de que el Pleno apruebe provisionalmente por segunda vez un documento que los técnicos proponen modificar por y para estimar total o parcialmente múltiples alegaciones e informes presentados durante las informaciones públicas y las audiencias a las admi-

nistraciones públicas,²⁰ surgió la necesidad de abrir un nuevo trámite participativo para, a resultas del mismo y siempre que no se incluyan nuevas modificaciones sustanciales, someter al Pleno el Texto refundido del PIO de Gran Canaria para su aprobación provisional, si hubiere lugar a ello, en cuyo momento, de una parte, deberá (repito) darse respuesta razonada²¹ a todas las alegaciones y los informes presentados entre la información pública de la aprobación inicial (acuerdo que se produjo el 29 de abril de 1998) y las informaciones públicas y las audiencias a las administraciones públicas practicadas hasta la segunda aprobación provisional, y, de la otra, se aprobará la remisión del expediente al Gobierno de Canarias para su aprobación definitiva, en su caso.

5) Lo dicho anteriormente encaja perfectamente con los artículos 9.2, 23 y 105 de la CE, 6.1 de la Ley estatal del suelo y valoraciones, 86 de la LRJPAC y, sobre todo, con el artículo 130 del RPLAN de 1978, pues la actuación del cabildo, en este procedimiento, ha potenciado con creces los mecanismos de consenso del plan mediante una amplia participación²² de los ciudadanos y de las personas jurídicas, públicas y privadas.

6) A mayor abundamiento, el acuerdo plenario de 30 de julio de 2002 se corresponde con el artículo 130 del RPLAN de 1978, al que se remite la disposición transitoria décima del TRLOTCA, en virtud del cual, tras la información pública, el órgano redactor del plan estudiará las alegaciones y los informes, y propondrá al cabildo la aprobación provisional con las modificaciones que, en su caso, procedieran, y, si éstas fueran sustanciales respecto de lo aprobado inicialmente, se abrirá, “antes de someterlo a la aprobación provisional” (vid. el párrafo segundo de ese artículo 130 del RPLAN de 1978), un nuevo periodo de información pública y audiencia a las administraciones públicas durante el plazo de un mes, como mínimo.

7) En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de abril y de 12 de noviembre de 1988, y de 15 de diciembre de 1993, y de las salas de lo conten-

cioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de abril de 1998 y de 9 de junio de 2000, y del Tribunal Superior del País Vasco, de 9 de marzo de 2001, se pronuncian a favor de la repetición del trámite de información pública, antes de la aprobación provisional, cuando con motivo de esa aprobación hayan de introducirse modificaciones sustanciales en el plan con respecto al plan aprobado inicialmente, diciendo el Tribunal Supremo que con esta exigencia se “[...] tiende a asegurar el acierto y la oportunidad de las determinaciones del plan mediante una participación ciudadana nueva en el proceso de elaboración, permitiendo que se formulen alegaciones nuevas respecto a los contenidos nuevos que la autoridad de planeamiento pretende establecer [...]”.

8) Incluso, en esta misma línea se manifiesta el profesor Parada Vázquez (vid. su *Manual de Derecho Administrativo II, Bienes Públicos, Derecho Urbanístico*, 9.ª edición, Madrid, 2002, página 539) al decir: “A seguidas, la entidad o el organismo que hubiera aprobado inicialmente el plan, en vista del resultado de la información pública, acordará la aprobación provisional con las modificaciones que procedieran. Si dichas modificaciones significaran un cambio sustancial del Plan inicialmente aprobado se abrirá un nuevo periodo de información pública ‘antes’ de otorgar dicha aprobación provisional [...]”.

9) Por tanto, el procedimiento objeto de informe se ajusta al ordenamiento jurídico y se seguiría ajustando en caso de que el cabildo en pleno, en aquella sesión de 30 de julio de 2002, hubiera aprobado la propuesta de modificación sustancial del PIO y acordado someterlo a nueva información pública y audiencia a las administraciones públicas, pues, según deriva de inconclusa jurisprudencia, se pueden realizar múltiples aprobaciones provisionales e informaciones públicas, y audiencia a las administraciones públicas (tantas como modificaciones sustanciales²³ se prevea o acuerde incluir con motivo del trámite de participación), hasta que, por fin, el Pleno

20. En un caso similar, invoco aquí la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 1 de junio de 1999, relativa al sometimiento a información pública de las modificaciones introducidas sobre lo que consideró un simple proyecto técnico de PORN porque no había sido elevado todavía a aprobación definitiva por el Consejo de Gobierno de dicha comunidad autónoma.

21. La Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 16 de mayo de 1996, dice que no se exige notificación personal a los interesados de la respuesta a sus alegaciones vertidas en el periodo de información pública, ya que el acuerdo de aprobación provisional y posterior definitiva, con su publicación, “[...] constituye comunicación suficiente a las alegaciones (artículos 128 y siguientes del Reglamento de planeamiento) [...]” y que “[...] se examinó detalladamente el informe del equipo redactor sobre las alegaciones presentadas, estudiándose y dándose respuesta a todas y cada una de ellas, siendo cosa muy distinta a aquello que no se dé oportunidad de alegar, que se alegue y no se conteste y que, alegándose cuanto se estime por conveniente, dichas alegaciones sean estimadas o desestimadas; así que indefensión por esta vía, nada de nada [...]”.

22. Las sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 1986, de 27 de mayo de 1988, de 6 de febrero y de 14 de noviembre de 1990, y 24 de septiembre de 1999, entre otras, destacan que el trámite de información pública permite garantizar razonablemente la legitimación democrática de la ordenación urbanística y limitar el riesgo de extemporáneos conflictos en torno a los principios que lo informan, facilitando en su momento las tareas de ejecución del plan.

23. La omisión del trámite de información pública o participación en los supuestos en que las normas especiales lo exigen constituye un vicio de procedimiento que determinaría la anulación del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LRJPAC, pues ha de reputarse trámite esencial que daría lugar a la indefensión de los posibles interesados. Por lo pronto, hay que decir que la determinación de cuando hay o no, en verdad, omisión del trámite, puede suscitar dudas en aquellos casos en que (como ocurre en la legislación urbanística) se ordena repetir el trámite si ha habido modificaciones sustanciales en el planeamiento. En efecto, la exigencia de la repetición del trámite de información pública, ordenada en el artículo 130 y en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 132.3 del RPLAN de 1978, no viene impuesta ante cualquier deficiencia observada por el órgano encarga-

decida aprobar provisionalmente el Texto refundido del plan y remitirlo, en este caso, al Consejo de Gobierno de Canarias para su aprobación final.

10) En definitiva, a tenor de lo dicho anteriormente y teniendo en cuenta que el procedimiento está plagado de múltiples y amplias informaciones públicas y audiencias a las administraciones públicas, que no se ha causado indefensión a nadie,²⁴ sino todo lo contrario, y que el Texto refundido del PIOT-PORN, convertido en nuevo PIO para adaptarse al TRLOTCA, junto con las modificaciones de éste propuestas por el equipo redactor en función de los trámites participativos y sometidas a información pública y audiencia de las administraciones públicas, será debatido y, en su caso, aprobado provisionalmente por segunda vez por la corporación en pleno con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, se colige que toda la discusión al respecto deviene inútil y que el acuerdo en cuestión, simple acto de trámite o preparatorio de las ulteriores aprobaciones, se ajusta a derecho al igual que se hubiese ajustado su aprobación en aquel momento pues (repito) la jurisprudencia admite la existencia de varias aprobaciones provisionales en función de las modificaciones sustanciales que se vayan introduciendo en el documento a raíz de los trámites participativos.

11) Ya para finalizar, y según me cuentan, sólo resta decir que si el Pleno no aprobó las modificaciones al PIO informadas en el Pleno de 30 de julio de 2002 fue por la creencia, técnicamente errónea, de que ello supondría su única aprobación provisional posible y la obligatoriedad de elevarlo al Gobierno de Canarias para la definitiva, es decir, por considerar que, actuando así, este cabildo perdía la competencia para ultimar el documento y someterlo a nuevas aprobaciones provisionales.

12) Sin embargo, tal como anticipé antes y partiendo de la estudiada flexibilidad del procedimiento administrativo (sobre todo cuando se introducen o reiteran trámites que potencian la información pública y la audiencia de las administraciones públicas, y, en definitiva, la

defensa de los derechos y los intereses de las personas),²⁵ la jurisprudencia ha venido admitiendo varias aprobaciones provisionales en función de las sucesivas informaciones públicas motivadoras de modificaciones sustanciales (sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1992 y de 17 de mayo de 1993, y de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de mayo de 2000), por lo que si el Pleno hubiese aprobado provisionalmente aquel proyecto técnico de modificación del PIO, en la sesión del 30 de julio de 2002 (la cual hubiese sido una segunda aprobación provisional), este cabildo tampoco habría perdido la competencia para ultimar el plan porque le faltaría, junto a ese acuerdo de aprobación provisional, el de remisión del expediente al Gobierno de Canarias, de tal manera que sólo puede hablarse de aprobación provisional, verdaderamente importante al caso, cuando concurren ambas decisiones.

13) Además, en el Pleno de 30 de julio de 2002 se podrían haber aprobado las modificaciones allí tratadas e incluidas en el nuevo PIO, pero no el texto refundido de éste porque, entre otras cosas, en ese trámite (repito) habría que dar respuesta razonada a todas las alegaciones y los informes presentados desde la aprobación inicial el 19 de abril de 1998, lo cual no se hizo, al menos en aquella sesión ni tampoco en otras anteriores.

2.7. Tratamiento de las alegaciones presentadas durante el procedimiento de aprobación del plan

1) Por último, sólo resta analizar qué tratamiento debe darse a todas las alegaciones presentadas desde la aprobación inicial del plan (29 de abril de 1998) hasta el día de hoy, con motivo de las distintas informaciones públicas abiertas durante la tramitación del procedimiento, respecto a lo cual, según información facilitada por el equipo redactor del plan, se tiene en cuenta que en el expediente administrativo consta la respuesta razonada a las alegaciones presentadas en cada momento o información pública del procedimiento.

do de la aprobación provisional o definitiva del plan, sino tan sólo cuando se obliga a introducir modificaciones sustanciales en el planeamiento. Según el Tribunal Supremo, la importancia de ese trámite de información pública estriba en que el planeamiento es una decisión capital que condiciona el futuro desarrollo de la vida de los ciudadanos, al trazar el entorno determinante de un cierto nivel de calidad de vida, cuya participación ciudadana hoy está muy reforzada por la CE. En definitiva, dado que al llegar a las aprobaciones provisional y definitiva el modelo territorial inicialmente elegido habrá ya sido con anterioridad sometido a información pública, sólo será necesario reiterar ésta cuando las modificaciones den lugar realmente a otro modelo distinto en sus líneas generales, es decir, cuando se haya alterado seriamente la estructura fundamental y orgánica de la ordenación del territorio (artículo 25 del RPLAN de 1978). Incluso, las modificaciones regladas (cual pudiera ocurrir con las dimanantes de una adaptación del plan a la ley) difícilmente justifican una reiteración de la información pública, la cual deviene necesaria, fundamentalmente, en el ámbito de las decisiones de oportunidad del planificador.

24. Así, la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 2 de enero de 2001, destaca la importancia del trámite de información pública como medio para que los interesados ejerciten su elemental derecho de defensa y dice que el procedimiento es nulo cuando se omite el trámite en su totalidad, pero que su cumplimiento con infracción parcial (por ejemplo, en cuanto a los plazos) de las normas reguladoras sólo determina la anulabilidad cuando se causa indefensión (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1996), por lo que, de no existir tal indefensión, no cabría apreciar motivo de anulabilidad alguna.

25. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1996 señala que los planes de urbanismo no son tales hasta que han sido aprobados definitivamente, siendo mientras tanto un simple proyecto, y que no existe precepto en nuestra legislación urbanística que prohíba a las corporaciones locales introducir otras modificaciones exigidas por nuevas circunstancias, siempre que el proyecto modificado se someta de nuevo a información pública.

2) Así las cosas, en orden al acuerdo plenario de la segunda aprobación provisional del Plan,²⁶ la cual deberá producirse durante el próximo mes de diciembre, procedería actuar, de conformidad con el ordenamiento jurídico y con la práctica administrativa urbanística, de la siguiente manera:

En cuanto a las alegaciones presentadas después de la aprobación inicial (es decir, con motivo de la información pública practicada entre el 25 de mayo y el 30 de junio de 1998, ambos inclusive) y teniendo en cuenta que las mismas se realizaron con respecto al PIOT-PORN aprobado inicialmente el 29 de abril anterior, debería decidirse por el Pleno que se tienen por respondidas razonadamente en los términos en que se hizo entonces por el equipo redactor (concretamente, en el segundo semestre de 1998, en que fueron informadas técnicamente y tratadas en Comisión Informativa de Política Territorial) y tal como consta en el expediente, debidamente diligenciado por el secretario general.

Y, respecto a las alegaciones formuladas después de la mentada primera aprobación provisional de 27 de julio de 2001 (esto es, entre el 20 de agosto y el 22 de noviembre siguiente, ambos inclusive) y con posterioridad también a la nueva información pública acordada en la sesión plenaria de 30 de julio de 2002 (es decir, entre el 22 de agosto y el 30 de septiembre posterior), el Pleno también debería considerarlas respondidas razonadamente en los términos en que se haya hecho por el equipo redactor después de cada una de aquellas informaciones públicas (en que se habrán informado técnicamente y tratado o a tratar en Comisión de Gobierno o en Comisión Informativa de Política Territorial), todo lo cual figurará en el expediente administrativo, debidamente diligenciado por el secretario general, identificando, en cada caso, el documento expuesto a información pública en cada uno de aquellos momentos.

3) En este sentido, en la práctica nos encontramos con lo siguiente:

a) Acuerdos plenarios de corporaciones locales que, al aprobar provisionalmente el planeamiento, estiman o desestiman las alegaciones.

b) Y acuerdos que se limitan sólo a aprobar el plan, teniéndolas por respondidas razonadamente en función de los informes técnicos unidos a las actuaciones administrativas y debatidos en comisiones informativas o de urbanismo o de gobierno, todo ello sin perjuicio de que, en el debate plenario relativo al plan sometido a aprobación provisional (en nuestro caso, la segunda), se discutan cuestiones relacionadas con dichas alegaciones e informes, pues dicho plan es el resultado de la evolución del trabajo acometido por el equipo redactor

y enriquecido por la estimación y la incorporación al documento de múltiples alegaciones e informes presentados durante los diferentes trámites participativos, todo ello bajo el consenso y la aprobación política correspondiente.

4) Así, en cuanto al PIO de Gran Canaria, parece más apropiado optar por la solución b) de la consideración tercera anterior, teniendo en cuenta el elevado número de alegaciones presentadas con motivo de cada una de las tres informaciones públicas abiertas desde la aprobación inicial (repito: 29 de abril de 1998) hasta el día de hoy, en el bien entendido de que, en la memoria del plan a someter a segunda aprobación provisional en diciembre de 2002, debe motivarse de forma expresa y detallada el procedimiento seguido y, muy en particular, constatar las alegaciones y los informes presentados durante cada trámite participativo y sus aspectos principales, así como los criterios adoptados para contestarlas razonadamente y también la incidencia de cada información pública, mediante la estimación de alegaciones, en la modificación paulatina del documento.

5) De esta manera, con esa segunda aprobación provisional del plan, la corporación estará aprobando la memoria integrante del mismo y, por ende, la respuesta razonada a todas las alegaciones unidas al expediente, así como un PIO que contiene, en sí mismo y porque en parte es fruto de ellas, las estimadas en función de su contenido.

6) Además, tras la segunda aprobación provisional del plan y en caso de que ya entonces se acuerde remitir el expediente al Gobierno de Canarias, convendría anunciar en el BOC y en el BOP de las Palmas, así como en los periódicos *La Provincia* y *Canarias 7*, que el cabildo ha aprobado provisionalmente dicho PIO de Gran Canaria y que todas las alegaciones presentadas, con motivo de las tres informaciones públicas practicadas, han sido respondidas razonadamente, en cada instante, en los términos que constan en el expediente administrativo, e invitar a los alegantes para que, si así lo estiman conveniente, se personen en las oficinas del Servicio de Planeamiento para retirar un ejemplar de la respuesta o las respuestas dadas, en cada momento, y atinentes a cada uno.

7) Con independencia de lo dicho hasta aquí y aunque no es obligatorio, sería deseable, si hubiera tiempo y lugar para ello, confeccionar una base de datos donde se contemple, de forma agrupada o en una misma ficha, la alegación o, en su caso, las alegaciones que haya presentado cada persona en cada información pública, para luego ver si resultan estimadas o no en el plan objeto de esa segunda aprobación provisional, lo cual permitirá,

26. Esta sería (repito) la aprobación provisional verdaderamente importante si no fuera sometida a nueva información pública y se acordara, por ende,

la remisión del expediente al Gobierno de Canarias para su aprobación definitiva.

entre otras cosas, analizar la incidencia de las alegaciones en relación con el plan así aprobado.

2.8. Plan a comparar, en sus distintos momentos, para ponderar si ha habido o no modificaciones sustanciales que exijan su sometimiento a información pública

1) Y, finalmente, este letrado asesor-director también opina que, para ponderar si ha habido o no modificaciones sustanciales durante el procedimiento que hayan exigido o exijan nueva información pública, lo procedente era y es comparar el plan entre una información pública y la inmediata siguiente.

2) Así, tenemos que el plan aprobado inicialmente el 29 de abril de 1998 y sometido a información pública, entre el 25 de mayo y el 30 de junio siguiente, debió sufrir modificaciones sustanciales en comparación con el plan aprobado el 27 de julio de 2001 (reitero: primera aprobación provisional), según deriva del hecho de que éste se sometió a nueva información pública entre el 20 de agosto y el 22 de noviembre de 2001.

3) Y, a su vez, también considero que este último plan se modificó sustancialmente si se compara con el proyecto para su modificación expuesto a información pública entre el 22 de agosto y el 30 de septiembre de 2002.

4) Por tanto, en este momento y para calibrar si el plan a someter a la segunda aprobación provisional deberá ser objeto o no de otra información pública, procede comparar éste con el antedicho proyecto expuesto en el verano de 2002, de tal manera que si no existen modificaciones sustanciales se podrá aprobar sin más y remitirlo al Gobierno de Canarias para su aprobación definitiva, en su caso, mientras que si se hubieren incorporado modificaciones sustanciales, en virtud de las alegaciones y los informes presentados durante ese último trámite participativo, deberá exponerse a una cuarta información pública.

Todo lo dicho hasta aquí se puede resumir a tenor de las siguientes conclusiones.

3. Conclusiones

1.^a) El PIOT de Gran Canaria de 1995 estaría anulado en virtud de la sentencia que, el 6 de mayo de 2002, se dictó por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el Recurso de casación 4033/1998, promovido por la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y este Cabildo de Gran Canaria contra la sentencia que, el de 8 de enero de 1998, se pro-

nunció por la Sala canaria en el Recurso 893/1995, interpuesto por el Ilustre Ayuntamiento de Mogán contra la aprobación definitiva de aquél.²⁷

2.^a) Con anterioridad, en 1997 y por los motivos expresados en este informe, se inició la revisión del PIOT de 1995, con la inclusión, entre otras cosas, del contenido del PORN (todo lo cual convirtió la revisión en nuevo PIOT-PORN), en cuyo procedimiento se aprobó el Avance (27 de junio de 1997), se sometió a información pública en el cabildo y en todos los ayuntamientos de Gran Canaria (entre el 5 de julio y el 2 de septiembre de 1997), se aprobó inicialmente el PIOT-PORN (29 de abril de 1998) y se volvió a exponer, en las oficinas de la corporación insular y en todos los ayuntamientos de Gran Canaria, a información pública y audiencia a los municipios y organismos oficiales (entre el 25 de mayo y el 30 de junio de 1998), dejándose sobre la mesa la aprobación provisional (30 de diciembre de 1998).

3.^a) Luego se aprobó la LOTCA y el TRLOTCA, que entraron en vigor el 15 de mayo de 1999 y el 15 de mayo de 2000, respectivamente.

4.^a) A partir de junio de 1999 y estando ya en vigor la LOTCA, se inició todo el proceso para adaptar a dicha ley canaria el PIOT-PORN, entonces en fase de revisión o de formación de ese nuevo plan.

5.^a) El 27 de julio de 2001 y en relación con los trámites de ese nuevo PIOT-PORN, el cabildo en pleno aprobó las modificaciones sustanciales introducidas en el mismo para convertirlo en PIO adaptado al TRLOTCA (primera aprobación provisional), cuyo documento se expuso nuevamente a información pública y participación de las administraciones públicas (entre el 20 de agosto y el 22 de noviembre de 2001), directamente en el Cabildo de Gran Canaria e indirectamente en todos los ayuntamientos de la isla a los cuales se remitió en CD-ROM diligenciado.

6.^a) El 30 de julio de 2002 el Pleno de esta corporación insular acordó abrir un nuevo periodo de participación ciudadana y también un plazo simultáneo de intervención de las distintas administraciones públicas con competencias sectoriales afectadas, en relación con el documento o el proyecto de modificación del PIO y con el informe técnico-propuesta del equipo redactor del plan, donde se proponía modificarlo o ajustarlo en virtud de esa propuesta de estimar total o parcialmente muchas alegaciones e informes presentados durante su exposición pública, trámite que tuvo lugar entre el 22 de agosto y el 30 de septiembre de 2002, también en las oficinas del cabildo e indirectamente en todos los ayuntamientos receptores del nuevo CD-ROM diligenciado.

27. Recuérdese que una vez ya elaborado el informe, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 20 de febrero de 2003, cambió de criterio considerando que el PIOT de Gran Canaria de 1995 se ajusta derecho.

7.^a) En la comprensión de la consulta o el objeto de este informe jurídico son muy importantes las reflexiones realizadas sobre el procedimiento administrativo, en general, aplicables a los procedimientos especiales, entre los que se incluyen los urbanísticos sobre aprobación de planes.

8.^a) Así, tienen gran importancia la participación ciudadana y los actos de instrucción tales como los informes que, en el procedimiento urbanístico, son un acto de trámite previo o medio de aportación de datos que hace posible las ulteriores aprobaciones provisionales y, sobre todo, la aprobación definitiva del plan.

9.^a) En otro orden de cosas, desde el punto de vista del procedimiento motivador de este informe, debo decir que la legislación urbanística aplicable al caso es la Ley canaria de planes insulares de 1987 (desde el 26 de junio de 1997 al 15 de mayo de 1999) y la LOTCA y el posterior TRLOTCA, en relación con el RPLAN de 1978 (desde el 15 de mayo de 1999 en adelante).

10.^a) Por lo que se refiere al PIOT-PORN, convertido en PIO para adaptarse a la LOTCA y al ulterior TRLOTCA, procede decir que sus disposiciones transitorias segunda establecían, como plazo máximo, el 15 de mayo de 2000, el cual se amplió finalmente por el legislador canario hasta el 15 de mayo de 2003, si bien su aprobación provisional debe producirse antes del 31 de diciembre de 2002 para remitir las actuaciones a la COTMAC en la primera quincena de 2003.

11.^a) En lo atinente al cabildo, dicho procedimiento administrativo viene regulado, en cuanto a su primera fase (de 26 de junio de 1997 al 15 de mayo de 1999), en los artículos del 8 al 12 de la Ley canaria de planes insulares de 1987, donde se contempla el avance, su exposición pública (plazo mínimo de treinta días), la aprobación inicial y su sometimiento a información pública (un mes para las personas físicas y jurídicas privadas, luego un mes para los municipios y seguidamente un mes para los departamentos gubernamentales), así como la aprobación provisional (la cual, en aquel entonces –30 de diciembre de 1998–, quedó sobre la mesa), y, en lo que se refiere a la segunda etapa (del 15 de mayo de 1999, en adelante), en el artículo 20.4 de la LOTCA y del TRLOTCA en relación con el 128.3 y siguientes del RPLAN de 1978, que prevén nuevas informaciones públicas y audiencias a las administraciones públicas, durante el plazo mínimo de un mes, ante la propuesta o la aprobación de modificaciones sustanciales, así como la posterior aprobación provisional, mientras que, finalmente, la aprobación definitiva compete al Consejo de Gobierno de Canarias mediante decreto a publicar en el BOC, previo informe no vinculante de la COTMAC y propuesta de su consejero de Política Territorial y Medio Ambiente.

12.^a) Si se relacionan los antecedentes de este informe jurídico con las actuaciones descritas en el FJ 2.4, se colige que el procedimiento que viene tramitando este

Cabildo de Gran Canaria se ajusta al ordenamiento jurídico.

13.^a) En cuanto al acuerdo plenario de 30 de julio de 2002, donde, sin haberse aprobado previamente por la corporación en pleno el proyecto de modificación del PIO, se somete a información pública y participación de las administraciones públicas dicho proyecto y el informe técnico-propuesta del consejero y del equipo redactor de modificar o ajustar el PIO, en virtud del propósito de estimar total o parcialmente las alegaciones y los informes presentados durante la exposición pública anterior a ésta, debo decir que también se ajusta a derecho por ser, respecto a las ulteriores segunda aprobación provisional y aprobación definitiva, un mero acto de trámite que amplía la participación ciudadana en relación con aquellos actos intermedios que son dicho proyecto de modificación del PIO y su correspondiente informe técnico-propuesta.

14.^a) Así, fruto de ese proyecto de modificación del PIO e informe técnico-propuesta, y antes de que el Pleno apruebe provisionalmente por segunda vez el texto refundido del nuevo plan (del que ya se prevé que tendrá modificaciones sustanciales si se acepta la propuesta de estimar total o parcialmente múltiples alegaciones e informes presentados durante las informaciones públicas y las audiencias de las administraciones públicas), el cabildo podía perfectamente someter de nuevo el proyecto de modificación del documento al mismo trámite participativo “antes” de traerlo para su segunda aprobación provisional, todo ello al amparo de los artículos 9.2, 23 y 105 de la CE, y 6.1 de la Ley estatal del suelo y valoraciones, en relación con el 86 de la LRJPAC y, sobre todo, con el 130 del RPLAN de 1978.

15.^a) En definitiva, a mi juicio, el procedimiento objeto de este dictamen se ajusta al ordenamiento jurídico y se seguiría ajustando en caso de que el cabildo en pleno, en aquella sesión de 30 de julio de 2002, hubiera aprobado ese proyecto de modificar sustancialmente el PIO y acordado someterlo a información pública, pues, según deriva de inconcusa jurisprudencia, se pueden realizar múltiples aprobaciones provisionales e informaciones públicas (tantas como modificaciones sustanciales se prevea o acuerde incluir con motivo del trámite de participación) hasta que, por fin, el pleno decida aprobar provisionalmente el Texto refundido del nuevo PIO, en cuyo acto se dará respuesta razonada a todas las alegaciones y los informes, presentados desde la aprobación inicial (29 de abril de 1998), y se aprobará la remisión del expediente al Gobierno de Canarias para su aprobación definitiva, en su caso.

16.^a) Por lo que se refiere al tratamiento del elevado número de alegaciones presentadas con motivo de cada una de las tres informaciones públicas abiertas desde la aprobación inicial (repito: 29 de abril de 1998) hasta el día de hoy, parece más apropiado tenerlas por respon-

didaz razonadamente en función de los informes técnicos unidos a las actuaciones administrativas y debatidos en comisiones informativas o comisiones de urbanismo o de gobierno, todo ello sin perjuicio de que, en el debate plenario relativo al plan sometido a aprobación provisional (en nuestro caso, la segunda), se discutan cuestiones relacionadas con dichas alegaciones y dichos informes.

17.^a) De esta manera, con esa segunda aprobación provisional del plan, la corporación estará aprobando la memoria integrante del mismo y, por ende, la respuesta razonada a todas las alegaciones unidas al expediente, así como un PIO que contiene, en sí mismo y porque en parte es fruto de ellas, las estimadas en función de su contenido.

18.^a) Para ponderar si ha habido o no modificaciones sustanciales durante el procedimiento que hayan exigido o exijan nueva información pública, lo procedente era y es comparar el plan entre una información pública y la inmediata siguiente, por lo que, en este momento y para calibrar si el plan a someter a la segunda aprobación provisional deberá ser objeto o no de otra información pública, procede comparar éste con el antedicho proyecto expuesto en el verano de 2002, de tal manera que si no existen modificaciones sustanciales se podrá aprobar sin más y remitirlo al Gobierno de Canarias para su aprobación definitiva, en su caso.

19.^a) Por consiguiente, teniendo en cuenta que el procedimiento está plagado de múltiples y amplias informaciones públicas, y audiencias a las administraciones públicas, que no se ha causado indefensión a nadie y que el Texto refundido del nuevo PIOT-PORN, convertido en PIO para adaptarse a la LOTCA y al posterior TRLOTCA (y modificado luego sólo a nivel de proyecto o informe técnico-propuesta del equipo redactor, lo cual se sometió a información pública por Acuerdo plenario de 30 de julio de 2002, en virtud de su propuesta de estimar múltiples alegaciones e informes presentados durante aquellos trámites participativos), será debatido y, en su caso, sometido a la segunda aprobación provisional²⁸ por la corporación en pleno, se colige que toda la discusión al respecto deviene inútil.

20.^a) En efecto, ese acuerdo en cuestión, de 30 de julio de 2002, al tratarse de un simple acto de trámite o preparatorio de las ulteriores aprobaciones provisional y, sobre todo, definitiva, se ajusta a derecho al igual que se hubiese ajustado su posible aprobación en aquel momento, la cual tendría entonces la consideración de segunda aprobación provisional mientras que el docu-

mento a someter al Pleno en diciembre de 2002 sería aprobado provisionalmente por tercera vez. ■

La negociación colectiva en la función pública local, con referencia especial a las pequeñas corporaciones locales¹

Jorge Pueyo Moy
Jefe de sección de la Asesoría Jurídica
de la Diputación Provincial de Huesca

1. El escaso margen que la Ley 9/1987, de 12 de junio, reconoce a la negociación colectiva

1.^o) La libertad sindical, libertad fundamental reconocida en el artículo 28 de nuestra Constitución, comprende el derecho de la negociación colectiva, incluso en el ámbito de las administraciones públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.d) de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical. Por ello, y aunque la Constitución española no ha reconocido expresamente en su artículo 37 la negociación colectiva en el ámbito de la función pública, al ser ésta uno de los aspectos sustanciales de la libertad sindical, goza de un reconocimiento y una protección como derecho fundamental (STS de 1 de febrero de 1995, Aranzadi 1210, y STC 80/2000, de 27 de marzo de 2000).

Sin perjuicio de este reconocimiento formal del derecho a la negociación colectiva en la función pública local, debemos ahondar en la normativa que la regula, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación y determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas (LORDCT), a fin de comprobar qué límites concretos tiene el derecho de negociación colectiva para los funcionarios locales, si tiene o no un contenido real y efectivo.

2.^o) En mi opinión, no obstante el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en los términos expuestos en el apartado anterior, se puede afirmar que falta en la práctica una verdadera negociación colectiva en el seno de la función pública local, al ser muy escaso el margen que la ley reconoce a la negociación. Y todavía esta afirmación es más fuerte si pensamos en la rea-

28. En sesión extraordinaria de fecha 10 de enero de 2003, y habiéndose emitido ya el informe, el Pleno del cabildo aprobó provisionalmente por segunda vez el PIO de Gran Canaria, todo ello con el voto en contra de los cinco consejeros del Grupo Socialista y el voto favorable de los restantes veinte consejeros presentes de los grupos Partido Popular y Coalición Canaria.

1. El presente trabajo recoge las consideraciones del autor en su participación en la mesa redonda "Negociación colectiva en la función pública local", dentro del Curso sobre empleo local, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local (Zaragoza-Huesca, del 31 de marzo al 4 de abril de 2003).

lidad de las pequeñas corporaciones locales, numerosas en el Estado, cuyas plantillas son muy reducidas y con escaso personal funcionario, como sucede en Aragón.

Esta conclusión encuentra su fundamento en los siguientes argumentos:

a) La facultad de que están investidas todas las administraciones públicas –también las corporaciones locales– para la decisión unilateral de las condiciones de trabajo del personal funcional en los supuestos que no se llegue a acuerdos con la representación sindical (artículo 37.2 de la Ley 9/1987), a diferencia de lo que sucede en la negociación colectiva para el personal laboral, lo que supone en la práctica la desaparición de un arma importante de la que dispone la representación sindical para llegar a acuerdos y para considerar que existe una verdadera negociación colectiva.

b) La propia configuración de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, en el que existen una serie de principios que limitan el campo de actuación de los representantes de la Administración –principio de legalidad, principios competenciales, principio de legalidad presupuestaria, principio de reserva de ley, etc.–, además del carácter propio del derecho administrativo como derecho necesario, a diferencia de lo que sucede en la legislación social, conceptuada como regla general como derecho dispositivo. Este argumento es predicable igualmente para afirmar que la negociación colectiva en la función pública está muy limitada en todo tipo de administraciones públicas, no sólo para el ámbito local.

c) Por otro lado, y referido específicamente al ámbito local, apoyamos nuestra afirmación de práctica inexistencia de negociación colectiva en la función pública local en los caracteres del régimen jurídico de ésta, régimen exhaustivo y pormenorizado que viene determinado a través de la legislación –vía leyes y reglamentos, bien del Estado, bien de las comunidades autónomas– que dejan poco margen de negociación en el seno de cada corporación local.

Es ilustrativa, en este sentido, recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, la Sentencia de 28 de noviembre de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaída en el recurso interpuesto por la abogacía del Estado frente al acuerdo de condiciones del personal funcionario de la Diputación Provincial de Huesca, y cuya claridad de términos nos obliga a su transcripción:

“La negociación colectiva en el ámbito de la función pública no puede equipararse, en su naturaleza y alcance, a la que se desarrolla en el ámbito laboral. La razón justificativa del diferente trato descansa en el componente estatutario que preside la relación de empleo público, a diferencia de la naturaleza privada de las relaciones laborales, de manera que las condiciones básicas

de trabajo de los funcionarios son prefijadas unilateralmente, sin que éstos puedan, *a priori*, reformar los aspectos básicos o esenciales de su régimen estatutario a través de la negociación colectiva (sentencias del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 de julio, y 3/1994, de 17 de enero). El Tribunal Supremo, en sus sentencias del 22 de octubre de 1993 y del 5 de mayo de 1994, ha declarado que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las comunidades autónomas, no permite que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos, sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío. [...]”

Siendo un régimen pormenorizado y por el afán normativo existente –sobre todo por parte de las comunidades autónomas–, las condiciones de trabajo de los funcionarios locales no vienen dadas por la negociación colectiva en el seno de cada corporación local, con participación de los empleados públicos o sus representantes sindicales, sino por las normas legales y reglamentarias que se dictan.

Teniendo en cuenta estos caracteres del régimen funcional, podemos hacer un análisis pormenorizado del ámbito de negociación permitido por la LORDCT, como apoyo a la afirmación que mantengo. Esta norma legal dedica dos artículos a delimitar el objeto de la negociación:

–Uno, el artículo 34.1, que, en sentido negativo, señala las materias excluidas de la obligatoriedad de negociación y que no requieren ulterior comentario: la potestad de autoorganización, el ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y el procedimiento de formación de actos y disposiciones administrativas.

–Otro, el artículo 32, que, en sentido positivo, señala las materias que serán objeto de negociación, conteniendo un listado cuya simple lectura nos llevaría a la afirmación de que sí existe una verdadera negociación colectiva en el ámbito local, conclusión contraria de la que parto y pretendo defender. La aplicación de este precepto debe tomarse con cautela, sobre todo cuando el ámbito de negociación es la esfera local y dependiendo de cada una de las materias a que este precepto se refiere.

Si trasladamos este precepto a la realidad práctica, conectándolo con las materias cuya negociación se plantea, veremos que es escaso el margen de maniobra existente en la negociación. Así, analicemos los temas que se suelen negociar más frecuentemente, por ser los que mayor interés despiertan en los funcionarios al afectar de un modo más directo a sus condiciones de trabajo, y veamos qué se puede negociar respecto de ellos:

–Incrementos retributivos, cuya negociación se reconoce en el apartado a) del artículo 32, si bien sobre ellos la negociación en el ámbito local tiene escasa virtualidad ya que la competencia estatal es clara al venir establecidos los mismos en las leyes generales de presupuestos de cada anualidad. Los acuerdos y los pactos a que se llegara en una Administración local respecto del incremento por encima de lo permitido por las leyes generales de presupuestos serían nulos de pleno derecho, e ineficaces, conforme lo prevén expresamente estas leyes –declarando su carácter básico–, y sobre lo cual existe numerosa jurisprudencia.

–Jornada, aspecto no expresamente recogido en la relación del artículo 32 pero que puede enmarcarse en el número abierto de su apartado k), cuya negociación también se encuentra vedada, siendo clara sobre este punto la posición jurisprudencial: se podrá negociar en el ámbito de cada entidad local el horario, pero la jornada en cómputo anual es la misma que fije el Estado (artículo 94 de la LRBRL, norma de carácter imperativo; en este momento la jornada anual es la señalada por la Resolución de 10 de marzo de 2003). Y dentro de esta imposibilidad de negociación estará el alcanzar en el ámbito de una corporación local acuerdos sobre reducciones de jornada diferentes a las previstas por el Estado. Sobre la imposibilidad de negociación de jornada y la posibilidad de pactar respecto del horario, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1997, Aranzadi 307; de 19 de febrero de 1996, Aranzadi 1617; de 19 de febrero de 1996, Aranzadi 1583; de 22 de diciembre de 1995, Aranzadi 9673, y de 28 de noviembre de 1995, Aranzadi 8173.

–Permisos y vacaciones, en los que hay que estar a lo que regule la legislación autonómica, y supletoriamente la estatal, no pudiendo regularse otros distintos que los que señale ésta (artículo 142 del TRRL). A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1995, Aranzadi 4994, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1994, Aranzadi 555, y la antes citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 28 de noviembre de 2000, que enjuició el Acuerdo de condiciones de los funcionarios de la Diputación Provincial de Huesca, reconociendo la legalidad del mismo en cuanto recogía los permisos y las licencias regulados en la legislación autonómica.

A título de ejemplo sobre la falta de negociación colectiva en el ámbito local, me gustaría traer a colación el régimen que se aplica sobre permisos, licencias y vacaciones a los funcionarios de las administraciones locales aragonesas, que no es otro que el recogido en el convenio colectivo del personal laboral al servicio de la DGA, convenio en el que evidentemente no han participado representantes de la función pública local. El convenio de personal laboral de la DGA en esta materia es

de aplicación a los funcionarios autonómicos por Acuerdo de 20 de febrero de 1995, publicado por Orden de 1 de marzo de 1995, entendiéndose aplicable a los funcionarios locales por considerar que es la “legislación autonómica” a la que se remite el artículo 142 del TRRL. Y así lo ha considerado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de noviembre de 2000, a la que hemos aludido anteriormente.

–Sí que podemos reconocer cierto margen negociador, aunque de un modo relativo, a la determinación y la aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos, reconocida en el apartado b) del artículo 32, si bien la negociación debe ser respetuosa con la competencia estatal en materia retributiva, pudiendo desarrollarse dentro del marco que permite el Real decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración local (sobre obligatoriedad de esta norma reglamentaria, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1994, Aranzadi 6600). La posibilidad de negociación no alcanza el establecimiento de conceptos retributivos distintos al régimen legal (STS de 7 de abril de 1995, Aranzadi 3446, como ejemplo).

–Sobre clasificación de puestos de trabajo, cuya posibilidad de negociación reconoce el apartado d) del artículo 32, es difícil determinar a qué hace referencia, dada su conexión con las competencias de organización y presupuestarias de las entidades locales. Si planteamos la cuestión de la necesidad de negociación de las plantillas, la solución la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2001, Aranzadi 9752, que considera que sólo es necesario someterla a informe de las organizaciones sindicales, pero sin requerir convocatoria de la Mesa General de Negociación por considerar que se trata de una típica manifestación de la potestad de organización de la entidad local, siendo la plantilla un instrumento de organización no incluido dentro del artículo 32 de la Ley 9/1987, requiriendo sólo su sometimiento a informe por mor del artículo 34.2 de la misma ley.

–Si planteamos la cuestión de negociación de las relaciones de puestos de trabajo, la solución es similar a la dada respecto de las plantillas, aunque alguno de los aspectos de la RPT sí podrían precisar de previa negociación. Podemos fácilmente establecer limitaciones a la posibilidad de negociación dada su naturaleza de disposición de carácter general o por ser un instrumento en el que se plasma la potestad de autoorganización, por lo que se podría considerar vedada su negociación al amparo del artículo 34.1 de la Ley 9/1987. No obstante, dado que afectan de modo importante a las condiciones de trabajo, es necesario cumplir con el deber de consulta por imponerlo así el artículo 34.2 de la Ley 9/1987 (STS de 14 de abril de 2000, Aranzadi 4823). Puede consultarse igualmente la Sentencia del 25 de noviembre de

1997, Aranzadi 9503, que implícitamente considera las RPT como instrumento de autoorganización.

–En cuanto al apartado e) del artículo 32, relativo a la determinación de los programas y los fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento, sí parece este precepto hacer referencia a un ámbito muy abierto para la negociación en las corporaciones locales, sin apenas normas de *ius cogens* limitativas, a excepción de lo referente a la promoción interna.

–Sobre la mejora de las condiciones de los funcionarios jubilados, recogida en el apartado f) del artículo 32, este precepto se refiere a la negociación estatal, por lo que en esta materia con poco o ningún margen pueden actuar las entidades locales. Distinto es el tema de la negociación acerca de los incentivos a la jubilación anticipada, negociables conforme a la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

En esta relación he expuesto algunos de los temas de mayor interés para la negociación, sin pretender un análisis de todas las materias sobre las que puede plantearse un proceso negociador, análisis que, dado el objeto de esta ponencia –participación en una mesa redonda–, no procede efectuar con más detalle.

d) Siguiendo la exposición de mis argumentos en apoyo de la inexistencia de un real, efectivo y verdadero derecho de negociación colectiva en la función pública local, es preciso contemplar la realidad de muchas corporaciones locales, de plantillas reducidas, pero que legalmente son unidades de negociación independientes. Sin embargo, y al menos por el momento, no merecen el interés de los sindicatos para conseguir acuerdos en estos ámbitos, amén de que ni siquiera tienen representantes legales por no llegar a los mínimos exigidos por la Ley 7/1989 (para delegados de personal, al menos son necesarios diez funcionarios, aunque pueden solicitarlos por mayoría los funcionarios cuando su número es entre seis y diez funcionarios; para constituir junta de personal la legislación que requiere una plantilla de al menos cincuenta funcionarios). Por ejemplo, en la provincia de Huesca, con 202 municipios, no más de ocho ayuntamientos disponen de representación, realidad que es trasladable a otros territorios del Estado.

Ante este problema de falta de negociación colectiva de funcionarios públicos en corporaciones de escasa plantilla, se observa que se buscan soluciones intentando dar respuesta a este problema: una, por vía legislativa, como es el caso de la Ley de Administración local de Aragón, que ha arbitrado unidades de negociación distintas de las previstas en la legislación básica (sobre ello trataré posteriormente, para ver si la solución adoptada es adecuada al marco competencial vigente o no); otra, por vía de hecho, como es la práctica de pequeños municipios –y a veces también en corporaciones locales grandes– en que los sindicatos proponen un texto de

convenio de aplicación para todo el personal laboral y funcionario, a pesar de que una articulación unitaria pacto-convenio que abarque conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral sería nula de pleno derecho (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1993, Aranzadi 7544, de 2 de noviembre de 1994, Aranzadi 8764, etc., y un sinfín de sentencias).

En muchos de los textos de los convenios colectivos de corporaciones locales de la provincia de Huesca que he analizado se observa que los mismos son formalmente respetuosos con esta diferenciación de régimen funcionario/laboral, pero en su texto subyace un principio de equiparación jurídica entre trabajadores y funcionarios, reflejado en sus preámbulos, en donde se alude a un marco normativo común y homogéneo para todos sus empleados municipales, sin distinción de la relación jurídica. E incluso se alude a mesas generales de negociación al amparo de la Ley 9/1987, para la firma de convenios colectivos, cuando el órgano legitimado es la comisión negociadora del artículo 87 del Estatuto de trabajadores.

Por otro lado, en estos convenios se aprecia –sin que pueda recibir tacha legal en el momento que legítimamente se negocia y pacta– una tendencia clara en la utilización de conceptos e instituciones propias del régimen funcional, evidentemente en todo aquello que implica ventaja o mejora para las condiciones del trabajador: conceptos retributivos equiparados a los funcionariales, régimen disciplinario en cuanto a tipificación de infracciones, procedimiento sancionador, etc., regímenes que las administraciones están mucho más habituadas a aplicar.

2. Solución dada por el legislador aragonés respecto de la negociación colectiva en entidades locales de escasa plantilla: la disposición adicional tercera de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón. La Mesa General de Negociación única en Aragón, nueva disposición adicional de la Ley 7/1999 introducida por la ley 15/1999

El legislador aragonés ha pretendido dar respuesta a la falta de negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios locales que forman parte de pequeñas corporaciones locales de escasa plantilla a través de la Ley 15/1999, que introdujo una nueva disposición adicional a la Ley 7/1999, y a través de esta misma ley mediante la aprobación de la disposición adicional tercera. Procedamos a un breve análisis.

2.1. Solución dada al tema de la negociación

El artículo 15 de la Ley 15/1999, de 29 de diciembre, de medidas tributarias, financieras y administrativas, dispone la modificación de la Ley 7/1999, introduciendo una

disposición adicional nueva en ésta, con el siguiente tenor:

“El Gobierno de Aragón impulsará la creación de una Mesa General de Negociación de las condiciones de trabajo y retribución de los empleados públicos al servicio de las entidades locales.”

La inclusión de esta disposición adicional creo que no se adecua a la normativa estatal básica ni a la constante doctrina jurisprudencial, ya que:

a) Esta nueva disposición adicional, al disponer que el Gobierno de Aragón impulse la creación de una mesa general de negociación de las condiciones de trabajo y retribución de los empleados públicos al servicio de las entidades locales, no efectúa diferencias entre personal funcionario y personal laboral, lo que choca con la doctrina del Tribunal Supremo que impide una negociación conjunta y la aprobación de un mismo régimen para todo el personal al servicio de las administraciones públicas.

b) El tenor de esta nueva disposición adicional no distingue entre entidades locales, haciendo referencia a un ámbito general –todos los empleados de todas las entidades locales–, lo que choca frontalmente con la existencia de otras unidades de negociación propias de cada entidad local, que son las reconocidas por la legislación básica estatal (Ley 9/1987).

c) Por otro lado, la creación de una mesa que englobe al personal funcionario de diversas corporaciones locales, llamémosla *mesa única*, choca con la previsión de la Ley 9/1987, que legitima a la negociación a determinados agentes dependiendo en algunos casos del número de representantes elegidos en las elecciones a representantes –10% de delegados o junta de personal–, elección que debe conectarse con la unidad electoral que es cada administración local. ¿Qué participación tendrían en la mesa única los sindicatos o las candidaturas que han tenido más del 10% de representantes en una entidad local?

El legislador aragonés está creando una nueva mesa de negociación que no se encuentra prevista en la legislación básica (artículo 31.1 de la Ley 7/1987), y, por tanto, es difícil su acople con ella, ya que esta solución estaría dando legitimación para negociar a quienes no la tienen: por parte de los funcionarios, a agentes diferentes de los enumerados en el artículo 30, que tiene carácter básico; por parte de las administraciones, a sujetos que no tienen posibilidad de obligar a las entidades locales por mor del principio de autonomía local y de las consecuencias derivadas del artículo 140 de la CE, que determina que el gobierno y la administración corresponde a los concejales y al alcalde. Para soslayar este problema, podría negarse a los acuerdos negociados en esta mesa, efectos obligados para las entidades locales, dándoles un carácter simplemente orientativo, mas entonces estaríamos en órganos meramente consultivos de escasa virtualidad práctica.

Si además de lo anterior unimos que la negociación en el ámbito local está muy limitada por el abundante derecho necesario y el carácter pormenorizado del régimen jurídico de la función pública local, la escasa virtualidad práctica de esta nueva mesa es manifiesta.

La experiencia que parece incorporar la Ley de Administración local de Aragón se asemeja a la que en su día tuvo lugar con el denominado ARCEPAFE de la Administración foral del País Vasco, acuerdo de condiciones que distintos ayuntamientos incorporaban para la aplicación a su propio personal, dándoles valor reglamentario. Tal práctica fue negada por el Tribunal Supremo, en varias sentencias, de una de las cuales, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1994, Aranzadi 7021, extraemos lo siguiente:

“El referido acuerdo, obrante en el expediente, fue negociado entre representantes de la Administración foral y representantes de las centrales sindicales más representativas de la Administración foral, mientras que en el artículo 31 referido el órgano de negociación es la Mesa General de Negociación constituida en el ámbito de la Administración del Estado, así como en cada una de las comunidades autónomas y entidades locales. Es claro que, según ese precepto, es a la mesa constituida en la entidad local de que se trate, a la que le corresponde la negociación en su ámbito, sin que por tanto tenga acomodo en ella la proyección directa al ámbito de una entidad local de las condiciones de empleo concertados desde un mecanismo de negociación diferente, con ambición de extensión a toda la Administración foral.”

2.2. Solución dada al tema de la representación

En cuanto a la disposición adicional tercera de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, podemos realizar una serie de críticas jurídicas que nos llevan a la conclusión de que va a ser totalmente inoperante.

Establecimiento de unidades electorales en las entidades locales:

“Se autoriza al Gobierno de Aragón para que establezca ámbitos de representación y negociación para los funcionarios locales de los municipios y las demás entidades locales de Aragón, cuando en una entidad local no se alcance el número de funcionarios exigidos legalmente para contar con delegados de personal o juntas de personal.

“En los procedimientos de elaboración de los reglamentos que establezcan estas nuevas unidades electorales se dará trámite de audiencia a las entidades locales y a los funcionarios locales afectados, a través de sus organizaciones representativas.”

Esta previsión puede tener una fácil crítica:

–El propio epígrafe de la disposición “Establecimiento

de unidades electorales en las entidades locales”, cuando sabemos que la normativa básica estatal recoge como únicas unidades electorales las de cada Administración local (artículo 7.4 de la Ley 9/1987).

—El párrafo primero, que autoriza al Gobierno aragonés para que establezca ámbitos de representación y negociación para los funcionarios locales de los municipios y las demás entidades locales de Aragón, cuando en una entidad local no se alcance el número de funcionarios exigidos legalmente para contar con delegados de personal o juntas de personal. Este párrafo produce una cierta confusión entre los ámbitos de representación (juntas de personal y delegados) y los de negociación (Mesa General de Negociación), ya que en la Ley 9/1987 se contempla la necesidad de una mesa general de negociación en cada entidad local, mientras que la Junta de Personal, órgano representativo por excelencia, *ex* artículo 5 —que tiene carácter básico—, se prevé en las entidades locales que cuenten al menos con cincuenta funcionarios, pudiendo existir delegados de personal, potestativamente, si se cuenta entre seis y diez funcionarios, y obligatoriamente si se supera esta última cifra —con un delegado hasta treinta funcionarios, y con tres de treinta y un a cuarenta y nueve funcionarios.

2.3. Conclusión

Ciertamente, la intención del legislador aragonés de buscar una solución al problema de la representación y la negociación colectiva en aquellas corporaciones locales de escasa plantilla puede calificarse de loable, pero no me cabe duda de su inadecuación en el marco de la legislación básica, por lo cual hay que negarle cualquier tipo de virtualidad jurídica y práctica.

Podría defenderse, en cuanto a la negociación, que la citada Mesa General Única cumpliría el positivo papel de poder ofrecer un texto de acuerdo de condiciones para que posteriormente cada corporación local lo interiorizara a través de su propia Mesa General de Negociación, de modo que así se salvarían los obstáculos de la inadecuación a la legislación básica que he expuesto. Sin embargo, dado el escaso margen negociador existente en las corporaciones locales —como he tratado de defender en apartados anteriores— y considerando que ese escaso margen sólo opera en cuestiones muy directamente relacionadas con aspectos propios de cada entidad local —horario, niveles de los puestos, incentivos a la jubilación, bases de selección, etc.—, sobre los cuales las corporaciones locales pudieran tener intereses muy distintos, es fácil que la función que pretende cumplir esa mesa única común quedara, *de facto*, en nada. ■

QDL

CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS

La sección "Crónica de las ordenanzas y los reglamentos locales" selecciona ordenanzas locales publicadas en los boletines oficiales de libre acceso por internet. En la sección se publican estudios que valoran el alcance de la potestad normativa local sobre una materia, con la intención de ayudar a establecer criterios a los operadores locales, para abordar la elaboración de ordenanzas sobre un objeto coincidente o similar, a través de la localización de las ordenanzas publicadas y de un estudio de carácter general que aborda el marco jurídico y las cuestiones de mayor conflictividad interpretativa.

En este QDL, 2 se examinan veinticinco ordenanzas de distintos municipios y entes locales que regulan aspectos de conservación y policía de los caminos. El sustantivo camino se utiliza en la mayoría de las ordenanzas para referirse a caminos municipales de uso público; sin embargo, en otras ordenanzas se proyecta sobre los caminos en general, privados o públicos, y respecto de éstos, los de titularidad municipal y los de titularidad de otras administraciones públicas. El estudio se divide en dos partes, la primera de las cuales se publica en este número, y afronta el planteamiento general, la clasificación de los caminos y el uso común general y especial de los mismos. La segunda parte, que se publicará en el próximo número del QDL, examinará la regulación del derecho de uso y edificación de los propietarios de las fincas colindantes o contiguas a los caminos, en especial la obligación del retranqueo del vallado y de las edificaciones; la servidumbre continua de paso público; las infracciones y sanciones tipificadas en las ordenanzas, y el régimen de contribuciones especiales, tasas y precios públicos.

Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (I)¹

Domènec Sibina Tomàs

Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

1. Planteamiento.
 2. ¿Qué es un camino?, y ¿qué tipos de caminos hay?
 3. Caminos privados y patrimoniales de los entes públicos.
 4. Los caminos afectos al uso y servicio público de titularidad de entes públicos distintos al municipio.
 5. Los caminos municipales de uso público.
 - 5.1. Los caminos de uso público que tienen delimitado su destino principal (uso común) y su uso común general, sean de construcción reciente o de uso público inmemorial.
 - 5.2. Los caminos municipales de uso público que no tiene delimitada su función porque su afectación al dominio público no está formalizada y su uso común y uso común general no está definido.
 6. Los caminos municipales de uso público fundamentalmente al servicio de la movilidad de personas y mercancías para finalidades agrarias.
 - 6.1. La legislación de carreteras y caminos y de concentración parcelaria.
 - 6.2. Vías urbanas *versus* vías rurales.
 7. Los caminos municipales de uso público al servicio de la movilidad de las personas para acceder al medio natural o para realizar actividades de desarrollo rural sostenible no estrictamente agrarias: pueden conllevar mayor restricción del uso común general.
 8. La competencia municipal de conservación y policía de caminos.
- Anexo de ordenanzas localizadas.

Abreviaturas utilizadas

LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local.
 TRRL: Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril.
 TRLMRLCat: Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril.
 RBEL: Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio.
 LUAr: Ley 5/1999, de 25 de marzo, de urbanismo de Aragón.
 LUCat: Ley 2/2002, de 14 marzo, de urbanismo de Cataluña.
 LOTUSCant: Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación del territorio, urbanismo y suelo de Cantabria.
 LOTCan: Ley 9/1999, de 13 de mayo, de ordenación del territorio de Canarias.
 LOUGal: Ley 9/2002, de 30 diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.
 LOTCMancha: Ley 2/1998, de 4 junio, de ordenación del territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha.
 LUCLeon: Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León.
 LRSPAst: Ley 3/2002, de 19 de abril, de régimen del suelo y ordenación urbanística del Principado de Asturias.
 LSMur: Ley 1/2001, de 24 de abril, del suelo de la Región de Murcia.
 LSMad: Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid.
 LFOTUNav: Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra.
 LUCVal: Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de urbanismo de la Comunidad Valenciana.
 LSEx: Ley 15/2001, de 14 de diciembre, de suelo y ordenación territorial de Extremadura.
 LCamEx: Ley 2/2001, de 15 de noviembre, de caminos públicos de Extremadura.
 NFVCamAl: Norma foral 6/1995, de 13 de febrero, de conservación y vigilancia de caminos rurales del Territorio Histórico de Álava (BOTH, número 24, de 27 de febrero).
 LCa: Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras.
 LCAr: Ley 8/1998, de 17 de diciembre, de carreteras de Aragón.
 LCAAn: Ley 8/2001, de 12 de julio, de carreteras de Andalucía.
 LCaCat: Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de carreteras de Cataluña.
 LCaRioja: Ley 2/1991, de 7 de marzo, de carreteras de La Rioja.
 LCaPAst: Ley 13/1986, de 28 de noviembre, de carreteras del Principado de Asturias.
 LCaCMancha: Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de carreteras de Castilla-La Mancha.
 LCaEx: Ley 7/1995, de 27 de abril de carreteras de Extremadura.
 LFCaNav: Ley Foral 11/1986, de 10 de octubre, de carreteras de Navarra.
 LCaVal: Ley 6/1991, de 27 de marzo, de carreteras de la Comunidad Valenciana.

1. En el próximo número de la revista (QDL, 3), se publicará "Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (II)", cuyo sumario es como sigue: 1. Regulación del derecho de uso y edificación de los propietarios de las fincas colindantes o contiguas a los caminos. 2. En especial, el establecimiento en las ordenanzas de zonas de servi-

dumbre y de la obligación de retranqueo del vallado y las edificaciones. 3. La servidumbre continua de paso público: posibilidad y utilidad. 4. Las infracciones y las sanciones tipificadas en las ordenanzas. 5. Contribuciones especiales, tasas y precios públicos. 6. Conclusiones y valoración general.

1. Planteamiento

En este comentario, ponderaremos e integraremos en el marco jurídico de aplicación el abanico de propuestas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público, realizadas en las ordenanzas que hemos localizado en los boletines oficiales de acceso público, normas que versan sobre unos bienes respecto de los que no ha prestado especial atención la doctrina.²

Las ordenanzas que hemos localizado están relacionadas en el anexo de este comentario, con indicación de los datos de su publicación y una breve reseña de su contenido. Es una muestra no exhaustiva, pero sí representativa, de los problemas que plantea a los municipios la red de caminos del término municipal, normalmente ya existente, de la que forman parte caminos privados, caminos públicos que no son de titularidad municipal y caminos municipales patrimoniales y demaniales. Esta red tiene como finalidades principales permitir el acceso a parajes y núcleos de población dispersos, a otras localidades o a la red de carreteras, y a explotaciones agrarias y fincas rústicas.³ Son las finalidades principales de una realidad jurídicamente compleja, en la que encontramos, sin ánimo de ser exhaustivos, caminos municipales de uso común, caminos privados, caminos comunales, caminos que forman parte de montes vecinales de mano común, caminos municipales patrimoniales, vías pecuarias, pistas forestales públicas y privadas, caminos afectos a instalaciones de servicio público,

caminos urbanos, vías de acceso al medio natural, servidumbres de acceso a las playas e itinerarios en espacios naturales protegidos. Todos estas vías serían semánticamente caminos (“tierra hollada por donde se transita habitualmente”, los define el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*) pero sometidas a regímenes jurídicos y bloques normativos diversos.

Las ordenanzas que hemos examinado definen los caminos municipales por la condición de bienes de dominio público, su uso público y la titularidad municipal, y sólo unas pocas añaden una definición funcional.⁴ La condición de camino de dominio público local y uso público se concreta, en un número significativo de las ordenanzas, con la relación pormenorizada de los caminos en la misma ordenanza, con indicación de si son municipales o vías pecuarias.⁵ En otros casos, para determinar los caminos se hace la remisión a un documento gráfico o registro, extremo que debe destacarse por su importancia en orden a una correcta defensa del uso público de los caminos y al ejercicio de acciones de recuperación de oficio de esa posesión pública. Estos documentos y registros son los planos de instrumentos de planeamiento urbanístico, planos catastrales, los proyectos de concentración parcelaria y los registros municipales de caminos o de entes supramunicipales.⁶ Debe advertirse, también, que la acreditación documental de los caminos es una cuestión que va adquiriendo cada vez mayor relevancia en la legislación urbanística.⁷

2. La bibliografía sobre caminos municipales no es muy extensa. Por ello queremos destacar el artículo de MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción, “Competencias sobre la conservación de vías públicas locales, caminos vecinales y vías pecuarias”, que se publica en este mismo número de la revista; el libro de ALDOMÀ BUXADER y PONCE SOLÉ, *Camins rurals. Règim jurídic i intervenció municipal*. Quaderns d’informació tècnica, número 6, Diputació de Barcelona, 2003, y PONCE SOLÉ, Juli, *El régimen jurídico de los caminos y el acceso al medio natural*, Madrid, Ed. Marcial Pons, de próxima edición, cuya versión original el autor amablemente nos ha facilitado.

3. En términos urbanísticos, esta red es una parte del sistema local de comunicaciones que integra todas las infraestructuras necesarias para la movilidad de las personas y mercancías.

4. Así lo hacen las ordenanzas municipales:

a) de caminos rurales de la Villa de Don Fadrique (Toledo), que los define como “las vías de dominio y uso público, destinadas al servicio de las explotaciones o las instalaciones agropecuarias y que estén señaladas como tales en los planos vigentes del catastro del término municipal” (y a su vez los diferencia de los carriles o las sendas, accesos a parcelas que son de propiedad privada y uso privado mancomunado);

b) reguladora de los caminos municipales de Albesa (Lleida), que establece que “tienen la consideración de caminos vecinales o rurales las vías de titularidad municipal que facilitan la comunicación con pueblos, pequeños núcleos urbanos, con fincas rústicas y que sirven fundamentalmente a los fines propios de la agricultura y de la ganadería”, o

c) reguladora del uso, la conservación y la protección de los caminos y las vías rurales municipales de La Carlota (Córdoba) de acuerdo con la cual son caminos rurales “los de titularidad y competencia municipal que facilitan la comunicación directa con pueblos limítrofes, con los núcleos urbanos y diseminados de las aldeas, el acceso de fincas y los que sirven a los fines propios de la agricultura y ganadería”.

5. Relacionan los caminos en el texto o en el anexo: las ordenanzas reguladoras del uso de los caminos públicos de los municipios de Borox y

Cabezamesada (Toledo), la segunda de las cuales incluye la sigla identificativa de cada camino, la longitud y la anchura de calzada, de cuneta y total de ambas; las ordenanzas reguladoras de caminos municipales de Massacoreig, La Pobla de Cérvoles, Omellons y La Floresta (Lleida), y la ordenanza de Lillo (Toledo), que incorpora en un anexo la relación de los caminos principales.

6. Los planos de un instrumento de planeamiento urbanístico (la ordenanza reguladora de caminos de Nou de Gaià, Tarragona, se remite a los planos de las normas subsidiarias municipales de planeamiento); los planos del proyecto de concentración parcelaria (ordenanza municipal de caminos rurales de Sotorribas, Cuenca, y la ordenanza reguladora de caminos de Sada, Navarra), los planos vigentes del catastro (ordenanza reguladora de caminos rurales de la Villa de Don Fadrique, Toledo) el registro de caminos constituido por el municipio (la ordenanza reguladora de caminos de Constantí se remite al catálogo municipal de caminos y el de Senan, al inventario de caminos, municipios ambos de Tarragona) o por otros entes locales supramunicipales (la ordenanza para el uso y la utilización de las pistas forestales del Concejo de Acebedo se remite al registro de caminos establecido en la Norma foral de Álava 6/1995, y la ordenanza de protección de la red de caminos de Vilabella, al inventario de caminos de interés comarcal aprobado por el Consejo Comarcal de L’Alt Camp, Tarragona).

7. Debe destacarse en este punto la legislación urbanística gallega. El artículo 56 de la LOUGal incluye, entre las determinaciones de los planes generales de ordenación municipal en suelo de núcleo rural, cuantas resulten convenientes para la conservación y la recuperación de la morfología del núcleo y la salvaguarda de los cauces naturales, las redes de caminos rurales, la estructura parcelaria histórica y los usos tradicionales, y en la documentación de estos planes, el artículo 61 exige un estudio del medio rural y el análisis del modelo de asentamiento poblacional.

El estudio del medio rural analizará detalladamente los usos del suelo, los cultivos, el paisaje rural, la tipología de las edificaciones y las construcciones tradicionales de la zona, las infraestructuras existentes, los caminos y las vías rurales, el planeamiento urbanístico de los municipios limítrofes y

La definición de los caminos por su condición de dominio público local afecto al uso público es consecuencia de la técnica utilizada por la legislación de régimen local para definir los bienes de uso público y la competencia municipal sobre los caminos. El artículo 74 del TRRL define los bienes demaniales de uso público “como los *caminos* y carreteras, plazas, paseos, parques, aguas, fuentes, canales, puentes y demás obras de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la entidad local”. Ello conlleva que un camino es de dominio público y uso público si es una obra de aprovechamiento y utilización general, y que es de titularidad municipal si la conservación y la policía son de competencia municipal. Esta conclusión no es la solución sino el problema, dado que el artículo 25 de la LBRL se refiere a *la competencia de conservación de caminos y vías rurales* y el artículo 26 de la LBRL a *la obligación de los municipios de garantizar el acceso a las poblaciones*, sin precisar el tipo de vía de acceso.

La legislación de régimen local no precisa ni la función de los caminos municipales (sólo que son bienes de dominio y uso público cuya conservación y policía es de competencia municipal), ni la de ninguno de los otros bienes que incluye en la categoría de bienes municipales de uso público (es decir, los bienes de dominio público municipal afectos al uso público).

La función no se define por referencia al uso público del bien, es decir, el “aprovechamiento o utilización general” (artículo 74 del TRRL) o que esté “destinado a ser directamente utilizado por los particulares” (artículo 201.2 del TRLMRLCat), sino por referencia al destino principal o uso común y a su uso común general, definido en la legislación local de bienes como el que se

ejerce libremente por todos los ciudadanos indistintamente “con arreglo a la naturaleza de los mismos, a los actos de afectación y apertura al uso público y a las leyes, reglamentos y demás disposiciones generales” (artículo 76 del RBEL).

La función se circunscribe a los intereses generales que satisface el destino principal del bien. En el dominio público artificial este destino principal se concreta en la afectación al dominio público, cuestión conexas con la obra pública realizada,⁸ afectación que, a su vez, permite establecer los usos conformes y disconformes y los compatibles o incompatibles con ese destino principal.

Esta función o uso común y el uso común general debe establecerse de acuerdo con la legislación sectorial, las ordenanzas locales y el acto de afectación, pero en el caso de los caminos hay un elemento singular: muchos de los caminos municipales son de uso público desde tiempo inmemorial y su función originaria ya no coincide con las necesidades y los intereses públicos que satisfacen actualmente. Es este elemento fáctico, el principal factor de complejidad de su régimen jurídico y el que otorga una especial relevancia a las ordenanzas locales como instrumento normativo para establecer su uso común y su uso común general.⁹

Para establecer si la utilización que pretende realizar un ciudadano de un concreto bien demanial es un uso común general, común especial, privativo y, en su caso, normal o anormal, y si procede o no someterla a autorización o concesión, no son suficientes las categorías generales de usos del dominio público¹⁰ y las establecidas en la legislación de régimen local; debe haberse establecido, previamente, el destino principal del bien, o uso común, y el uso común general. La imprecisión en la determinación del uso común y del uso común gene-

cualquier otra circunstancia relevante para la justificación de las determinaciones en suelo rústico, e incluirá una ficha, un plano y una fotografía aérea individualizada para cada núcleo rural, en cuyos documentos se recogerá la información urbanística anteriormente indicada.

8. Si se construye una vía publica urbana pavimentada para permitir el tránsito rodado y peatonal, y a su vez ya se construyen las galerías de servicios para la instalación de determinadas redes de servicios, es indudable que el destino principal, en el sentido de uso común, incluye el tránsito rodado, el peatonal, el acceso a las fincas privadas y el de prestación de los servicios para los que se han construido ya las galerías (cuestión distinta será determinar cuándo el uso común es general o especial). A su vez, las competencias de conservación y policía del municipio deben garantizar el derecho al uso común general, cuyo ejercicio tendrá el alcance, las limitaciones y las obligaciones o las cargas establecidas por el ordenamiento.

Cuando se trata de un camino de uso público inmemorial y no se ha establecido su régimen de uso a través de ordenanza o plan urbanístico, plantea dudas resolver, caso a caso, si el uso común general implica el tránsito rodado o no, con vehículos a motor o no, de qué tipo, etc. La indefinición del régimen de uso también conllevará dudas sobre el contenido de la competencia municipal de conservación y policía, y la posibilidad de girar contribuciones especiales para su mantenimiento o mejora (para pasear, circular en vehículo y de qué tipo); indefinición que puede ser intencionadamente buscada por los municipios, ante los enormes costes que puede significar para el presupuesto de un pequeño municipio el mantenimiento de la red de caminos municipales una vez que ha sido delimitada y regulado su uso de manera pormenorizada.

9. En las ordenanzas examinadas se puede ejemplarizar el destino principal y uso común mediante la ordenanza reguladora de los caminos municipales de Albesa (provincia de Lleida), cuando define los caminos vecinales o rurales como las vías de titularidad municipal que facilitan la comunicación con pueblos, pequeños núcleos urbanos, con fincas rústicas, y que sirven fundamentalmente a los fines propios de la agricultura y de la ganadería. Este destino principal o uso común permite detallar el uso común general, así por ejemplo, en la ordenanza de Olaberriá (Guipúzcoa), el tránsito rodado que no supere la carga máxima de veinte toneladas, que de superarla precisará de autorización por tratarse de uso común especial. A su vez, si el uso común es el acceso al medio natural, lo que implícitamente puede deducirse de la ordenanza de Biescas, puede definirse que siempre es un uso común especial, sometido a autorización municipal previa, de realizar ese acceso con vehículos a motor.

Si no se ha definido, o no puede deducirse, como mínimo, el destino principal, la aplicación caso a caso de la legislación de bienes de régimen local y la definición del uso común general, común especial o privativo puede convertirse en un galimatías, salvo en los casos de usos intensivos o peligrosos evidentes o que el uso que se desea realizar precisa transformar o hacer obras en el bien de uso público.

10. Resulta, en nuestra opinión, de cita obligada la lección 17, “La utilización del dominio público” de MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Pamplona, Aranzadi, 1998, páginas 545 a 579.

ral de los bienes de dominio público local y el régimen jurídico de la autorización o concesión que se precisa para realizar los usos no comprendidos en el uso común general son, a nuestro entender, las causas principales de las contradicciones de la jurisprudencia dictada sobre la materia.¹¹

2. ¿Qué es un camino?, y ¿qué tipos de caminos hay?

A la vista de lo dicho hasta aquí, las ordenanzas que motivan la realización de este comentario, de regulación de los “caminos” (sustantivo que se contrapone a carreteras), “vías rurales” (que se contrapone a vías urbanas) y “municipales de uso público” (para diferenciarlos de los privados, de los patrimoniales municipales, de los municipales de servicio público y de los patrimoniales y de dominio público de titularidad de otras administraciones) plantea, como primera cuestión, determinar el objeto sobre el que se proyecta el ejercicio de la potestad reglamentaria local. ¿Qué es un camino?, y ¿qué es una vía rural? Y, más concretamente, ¿cuáles son los caminos municipales de uso público?

Los conceptos caminos y vías rurales públicas, sin perjuicio del alcance de la competencia municipal de su conservación y policía, pueden referirse a los *caminos y vías rurales públicas de titularidad municipal o de otros entes públicos*, o a los *caminos y vías rurales privadas*, con el matiz de si existe o no la categoría *caminos urbanos municipales de uso público*¹² (si entendemos que el artículo 25.d) de la LBRL incluye entre las vías sólo las rurales, y respecto de los caminos, tanto los rurales como los urbanos).

Estas categorías de caminos, desde el punto de vista de los bienes patrimoniales y de dominio público de los municipios, pueden desglosarse en los *caminos y vías rurales municipales patrimoniales* [el artículo 79.1 de la LBRL, interpretado de manera sistemática con el artículo 25.d) de la LBRL], y los caminos y las vías rurales integrados en el dominio público local por destinarse a un uso público o a un servicio público [artículo 79.3 de la LBRL, interpretado de manera sistemática con el artículo 25.d) de la LBRL, y 74 del TRRL], que podemos deno-

minar como *caminos y vías rurales municipales de uso público o de servicio público*.

Además, debe ponderarse el artículo 26 de la LBRL, que establece como obligaciones mínimas municipales el acceso a los núcleos de población y la pavimentación de las vías públicas. Este precepto utiliza el concepto *vías públicas*, que, de acuerdo con el artículo 25 de la LBRL, pueden ser rurales o urbanas, y en este sentido no nos añade ninguna categoría nueva o distinta.

En definitiva, sin diferenciar camino de vía rural, son posibles teóricamente los supuestos siguientes: caminos privados, caminos rurales municipales patrimoniales, caminos rurales municipales de uso público, caminos rurales municipales de servicio público, caminos urbanos municipales de uso público, caminos rurales de dominio público de titularidad de otras administraciones y caminos rurales patrimoniales de titularidad de otras administraciones.

3. Caminos privados y patrimoniales de los entes públicos

La existencia de caminos privados no resulta difícil de acreditar. El Código civil califica los caminos como bienes inmuebles, de la clase de inmuebles por incorporación (artículo 334.1) e incluye, entre estos, como bienes de dominio público, sólo los caminos destinados al uso público (artículo 339). A su vez, el Código civil se refiere a los caminos públicos (artículo 568: “Si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al *camino público*”) y diferencia los caminos públicos de las servidumbres para acceder a bienes del dominio público natural (artículo 553: “Los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables están además sujetos a la *servidumbre de camino* que sirva para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial.”) y de las servidumbres de paso continuas y discontinuas (artículo 564: “El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a *camino público*, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización”).¹³

11. González Ríos realizó el loable esfuerzo de intentar sistematizarla y su estudio constata el hecho conocido de la disparidad de criterios del Tribunal Supremo, que califica los mismos usos en unas ocasiones de privativos y en otras de comunes especiales (desde una cabina fotográfica en la vía pública hasta las redes de las compañías de servicios, pasando por los depósitos de gasolina en el subsuelo de la vía pública) o de normales o de anormales (un quiosco de venta de flores es un uso anormal y un quiosco de venta de bebidas es uso normal). GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *El dominio público municipal. Régimen de utilización por los particulares y las compañías prestadoras de servicios*. Granada: Ed. Comares, 2001, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo respecto de los distintos tipos de usos y distintos bienes de uso público municipal, páginas 7 a 59, y en cuanto al uso normal y anormal, páginas 60 a 67.

12. La diferencia entre camino urbano y vía urbana puede examinarse en GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, *El sistema viario urbano*, Granada, Ed. Comares, 2002,

páginas 213 a 215. Más adelante concretaremos la función de un camino municipal y sus características; función y características que pueden darse también en los tramos del camino situados en suelo urbano.

13. El precepto prosigue y distingue entre servidumbres continuas y discontinuas: “Si esta servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente. Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen.”

El ordenamiento jurídico administrativo también acredita la existencia y regula los caminos privados. A título de ejemplo, podemos citar los supuestos siguientes:

a) La legislación de carreteras excluye del concepto de carretera “los caminos de servicio, entendiendo por tales los construidos como elementos auxiliares o complementarios de las actividades específicas de sus titulares y los caminos construidos por las personas privadas con finalidad análoga a los caminos de servicio” (artículo 1 de la LCa).

b) La legislación que regula las concentraciones parcelarias prevé la posibilidad de que los nuevos caminos que resultan de la ejecución del proyecto de concentración sean privados o de dominio público.¹⁴

c) La legislación que regula el acceso motorizado al medio rural es aplicable a los espacios naturales que gozan de algún régimen de protección y a los terrenos forestales y “al conjunto de pistas y caminos asfaltados que los recorren y por el conjunto de caminos rurales, de herradura, de cabaña, senderos y veredas y pistas forestales de tierra” (véase el artículo 2 de la Ley catalana 9/1995, de 27 de julio, de acceso motorizado al medio natural), sin distinguir entre públicos y privados.

d) La legislación urbanística, bien exige expresamente licencia urbanística para el cerramiento de fincas, muros y vallados y la apertura de caminos, así como su modificación o pavimentación (artículos 166 de la LOTCan, 165 de la LOTCMancha, 179 de la LUCat, 180 de la LSEx, 151 de la LSMad), bien permite deducir la exigencia de licencia de la regulación general de los actos sometidos a licencia urbanística.

Finalmente, advertir que la existencia de caminos privados comporta necesariamente la posibilidad de que existan caminos patrimoniales del municipio o de cualquier otro ente público.

4. Los caminos afectos al uso y servicio público de titularidad de entes públicos distintos al municipio

La categoría de caminos afectos al servicio público cuya titularidad corresponde a un ente público distinto al municipio resulta de la legislación de carreteras [“los

caminos de servicio, entendiendo por tales los construidos como elementos auxiliares o complementarios de las actividades específicas de sus titulares” (artículo 1 de la LCa)] y del hecho que una actividad de servicio público puede precisar de una vía de esas características (a nuestros efectos los caminos de acceso de instalaciones públicas situadas en el medio rural).

La existencia de caminos de uso público que no son titularidad municipal es el resultado de otra premisa: la titularidad del dominio público es la consecuencia de una norma atributiva de competencia. Esta norma identifica, como intereses propios del ente titular del dominio, los intereses públicos que justifican la afectación del bien a su destino principal, o uso común, y a su uso común general, y ello conllevará que sea el ente responsable de garantizar la afectación (el concreto uso público en cada caso) mediante el ejercicio de las potestades públicas que corresponda. Ello, por supuesto, no impide que otros entes, distintos del titular del dominio, ejerzan sus competencias respecto de actuaciones que se realicen en los bienes de dominio público (sirva de ejemplo, que un uso privado compatible con el destino principal del bien precise de autorizaciones distintas a las autorizaciones o concesiones demaniales).

En el ámbito de los caminos de dominio y uso público, al igual que en la teoría general de dominio público, la afectación ocupa un papel central y es un punto de encuentro entre las dos tesis opuestas sobre la naturaleza jurídica del dominio público (propiedad especial o potestad).¹⁵ Tal como señala Morillo-Velarde Pérez, “dentro del contexto doctrinal –el estudio del dominio público– en el que la discrepancia constituye la situación científica más habitual, sorprende encontrar la rara unanimidad de situar en la afectación la clave de la demanialidad”.¹⁶ Es también la afectación el hilo conductor de las potestades de titular del dominio público (que no necesariamente de la propiedad del bien). Es titular del dominio por su condición de responsable de garantizar la satisfacción de las finalidades públicas que han justificado y legitimado la afectación al dominio público y la consiguiente exclusión del bien del comercio (que conlleva su condición de imprescriptible, inalienable e inembargable).

14. El artículo 59 de la Ley foral de Navarra 1/2002, de 7 de marzo, de regulación de infraestructuras agrícolas, ilustra el distinto destino de los caminos vinculados con la concentración parcelaria. De acuerdo con este precepto, existen dos posibilidades: a) si las tierras sobrantes del procedimiento de concentración se adjudican como bienes comunales de la entidad local correspondiente, ésta deberá adquirir el compromiso de mantener la conservación de las obras de interés general, como caminos, redes de saneamiento y medidas medioambientales, realizadas con motivo de la concentración parcelaria, y b) si se adjudican a las comunidades de regantes, sindicatos de riegos u otras asociaciones legalmente constituidas en la misma, éstas deberán asumir el correspondiente compromiso de conservación de todas las obras de interés general realizadas en la zona.

15. La conocida polémica sobre si el dominio público es una potestad pública y no un verdadero derecho dominical o si es un derecho de propiedad atribuido al Estado, especial en razón de la finalidad pública de los bienes

sobre los que recae, puede ser consultada en numerosa bibliografía. Entre otras, SÁNCHEZ-MORÓN, Miguel, *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, obra colectiva dirigida por este autor, Tecnos, 1997, páginas 21 a 29; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “Bienes patrimoniales de Estado”, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2001, páginas 96 a 110; BARCELONA LLOP, Javier, *La utilización del dominio público por las administraciones: Las reservas demaniales*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997, páginas 119 a 142, GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *La titularidad de los bienes de dominio público*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1998, páginas 47 a 61.

16. MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. “El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas”, en la obra colectiva *Infraestructuras ferroviarias del tercer milenio*, coordinada por MONTORO CHINER, María Jesús, Barcelona, Ed. Cedecs, 1999.

Es también la afectación y la garantía de las indicadas finalidades públicas lo que habilita al titular del dominio público a la intervención de policía administrativa especial, o si se prefiere de policía demanial. Sánchez Morón la define como “el conjunto de medidas de vigilancia y de potestades de limitación de actividades privadas sobre los bienes de dominio público que las leyes confieren a la Administración para defender la conservación y el buen uso de dichos bienes e impedir cualquier alteración perjudicial de su estado y características”.¹⁷ La policía demanial conllevará exigir autorizaciones y permisos, ejercer la potestad sancionadora e imponer la obligación del resarcimiento de daños y perjuicios.

La legislación de caminos acredita este extremo. Así, la LCamEx los clasifica en tres categorías: *a) la red primaria de caminos rurales (caminos que constituyan el único acceso entre localidades o de una localidad a la red de carreteras, cuya titularidad corresponde a las diputaciones provinciales); b) la red secundaria de caminos rurales (el resto de los caminos, a excepción de los incluidos en la red de pistas forestales, cuya titularidad corresponde a los ayuntamientos), y c) la red de pistas forestales (caminos y pistas forestales de los montes propios de la Junta de Extremadura y los incluidos en el catálogo oficial de montes de utilidad pública, cuya titularidad corresponde a la Junta de Extremadura)*. La ley extremeña conecta la titularidad con la competencia, de modo que la planificación, la construcción, la modificación, la conservación, la explotación y la defensa de los caminos corresponderán a las administraciones públicas titulares de los mismos. Asimismo, cuando define la red secundaria de caminos rurales, acredita un hecho importante, al que seguidamente volveremos, como es que los caminos municipales son un concepto residual en el que se incluyen todos los caminos públicos que no son titularidad de ninguna otra Administración.

La NFCVCamAI¹⁸ establece que los caminos rurales *pertenecen* (artículo 3) al Territorio Histórico de Álava, ayuntamientos o concejos, y distingue entre los de titularidad del territorio (están inscritos en el Registro de

Caminos Rurales) y de los ayuntamientos y concejos (se excluyen del registro por acuerdo de la entidad local, que sólo es posible si se trata de caminos que comiencen y terminen dentro de su jurisdicción y no enlacen con otros pertenecientes a otra entidad local). La titularidad demanial conllevará el ejercicio de las funciones, técnicas, de vigilancia y sancionadoras que se corresponden con las de planificación, construcción, modificación, conservación, explotación y defensa de los caminos.

Las vías pecuarias se rigen por su legislación específica estatal (Ley 3/1995, de 23 de marzo, sobre régimen jurídico de las vías pecuarias) y autonómica, y su titularidad corresponde a las comunidades autónomas.

Los caminos y las pistas forestales situados en terrenos que tienen la condición de montes se rigen por la legislación estatal y autonómica de montes, y seguirán el régimen jurídico que en cada caso corresponda,¹⁹ y formarán parte o no del dominio público forestal y viario. Si cumplen una finalidad pública conectada con la vialidad o comunicación y a su vez protectora o de fomento de la riqueza nacional (primer fundamento de la demanialización de los montes) sería posible la coafectación al dominio público viario y forestal (lo que explicaría la solución dada por la LcamEx, que establece que la red pública de pistas forestales es de titularidad de la Junta de Extremadura).

5. Los caminos municipales de uso público

Los caminos municipales de uso público incluirán los rurales y los urbanos, y los diferenciaremos por dos criterios: *a) los caminos municipales que tienen delimitada con precisión su función y los que no, y b) los caminos de construcción reciente o documentada y los que tienen un uso público que se remonta a muchísimos años.*

Estos dos criterios nos permiten clasificar los caminos municipales en dos grupos (con exclusión de una posibilidad sólo teórica, la de caminos municipales de construcción reciente o documentada que no conlleve la

17. SÁNCHEZ-MORÓN, Miguel. *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, obra colectiva dirigida por este autor, Tecnos, 1997, páginas 74 y 75.

18. Para establecer el valor normativo de los reglamentos dictados por los territorios históricos debe tenerse en cuenta que:

a) El régimen competencial de los territorios históricos se encuentra recogido en el título primero de la Ley autonómica vasca de 25 de noviembre de 1983. Destaca, especialmente, el artículo 7, que estructura las competencias según el criterio de competencias exclusivas, competencias de desarrollo y ejecución de las normas de las instituciones comunes de la comunidad autónoma, y competencias de ejecución de la legislación de aquellas instituciones comunes. Es necesario destacar el apartado d) del artículo 7, que después se recoge en la disposición adicional segunda, apartado 3, de la LBRL, estableciendo que corresponde a los territorios históricos el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica estatal en aquellas materias que tienen atribuidas los territorios históricos como de competencia exclusiva.

b) El debate doctrinal en relación con el artículo 7 de la Ley de territorios ha girado en torno al carácter, exclusivo o no, de las competencias que como

tales se reconocen en favor de los territorios históricos (LEGUINA VILLA, Jesús, “Los territorios históricos vascos: Poderes normativos y conflictos de competencias”, REDC núm. 3, en especial las páginas 82 a 84), y en la existencia o no de una reserva material al reglamento en relación con las competencias formalmente declaradas como exclusivas. (MARTÍN MATEO, Ramón, “Administración autonómica de Euskadi”, página 101, afirma que no es usual, al menos en el ámbito administrativo continental, que se asignen competencias en exclusiva al poder ejecutivo y menos aún en favor de colectividades territoriales que se integran en otra colectividad política territorial más grande.)

19. La Ley de montes de 8 de junio de 1957 no incluye en el concepto de monte las pistas y los caminos forestales de manera expresa. La legislación autonómica en ocasiones sí lo hace (la Ley forestal valenciana 3/1993, de 9 diciembre, artículo 2, y la Ley forestal catalana 6/1988, de 30 marzo, artículo 2, incluyen pistas y caminos forestales), y en otras no (ni la Ley forestal andaluza 2/1992, de 15 de junio, ni la Ley forestal navarra 13/1990, de 31 diciembre).

definición de su destino principal o función), que pasamos a examinar en los dos apartados siguientes.

5.1. Los caminos de uso público que tienen delimitado su destino principal (uso común) y su uso común general, sean de construcción reciente o de uso público inmemorial

Respecto de este grupo, establecer la titularidad y la competencia municipal de conservación y policía no presenta una especial dificultad. En el caso de caminos de construcción reciente el destino principal y uso común se desprende de la afectación a un destino concreto de la obra pública realizada.²⁰ En el caso de bienes de posesión inmemorial o de los que no disponemos de antecedentes de la obra pública y adquisición, la función está delimitada porque el municipio ha realizado los actos de defensa y delimitación del camino y ha establecido su destino principal (uso común) y el uso común general, sea por la vía del acto singular, del planeamiento urbanístico o de las ordenanzas municipales.

5.2. Los caminos municipales de uso público que no tiene delimitada su función porque su afectación al dominio público no está formalizada y su uso común y uso común general no está definido

En este grupo se incluyen los caminos como municipales de uso público, porque son de uso público y porque la titularidad no es atribuible a ningún otro ente público distinto del municipio; podríamos denominarlos cami-

nos municipales de uso común, de carácter residual. Estos caminos fueron las “carreteras” (los pasos públicos, caminos y carreteras) de una sociedad rural ya desaparecida (su territorio ha sido ocupado por las áreas urbanas) o radicalmente transformada que, a pesar de no cumplir ya su función originaria, aún son bienes de dominio público, y su posesión pública debe ser recuperada por los municipios cuando ha sido usurpada.²¹ Se caracterizarían porque los municipios no han realizado las tareas de delimitación formal y de concreción del régimen de usos. Su existencia como tipología independiente es una de las razones que explica la importancia de las ordenanzas reguladoras de la conservación y policía de los caminos municipales.

La existencia de múltiples caminos de posesión pública inmemorial y el hecho que pueda seguirse sin dificultad la competencia municipal sobre policía de caminos desde la legislación administrativa decimonónica²² explica que en determinadas leyes se establezca la presunción de titularidad municipal. Así, el artículo 147 de la LUCat establece que “los caminos rurales que se hallen comprendidos en un ámbito de expropiación se entiende que son de propiedad municipal, salvo prueba en contra”; y los artículos 19 de la LSMur y 92 de la LUCLeón, que “las vías públicas y los caminos rurales se entenderán de propiedad municipal salvo prueba en contrario, y cuando sea necesaria su desaparición se entenderán transmitidas de pleno derecho a la Administración expropiante y subrogadas por las nuevas que resulten del planeamiento”.

20. Si se construye una vía pública urbana pavimentada para permitir el tránsito rodado y peatonal, y a su vez ya se construyen las galerías de servicios para la instalación de determinadas redes de servicios es indudable que el destino principal, en el sentido de uso común, incluye el tránsito rodado, el peatonal, el acceso a las fincas privadas y el de prestación de los servicios para los que se han construido ya las galerías. Cuestión distinta será determinar el uso común general. A su vez, las competencias de conservación y policía se proyectan respecto a que se garantice el derecho al uso común general. El ejercicio del derecho tendrá el alcance, el modo, las limitaciones y las obligaciones o las cargas establecidas por el ordenamiento.

Cuando se trata de un camino de uso público inmemorial respecto del que no se ha establecido ninguna regulación específica, debe resolverse caso a caso si el uso común general implica el tránsito rodado o no, con vehículos a motor o no, de qué tipo, etc., lo que a su vez no resuelve de manera precisa el contenido de la competencia municipal de conservación y policía, y la posibilidad de girar contribuciones especiales para su mantenimiento o mejora. Indefinición que puede ser intencionadamente buscada ante los enormes costes que el mantenimiento puede significar para el presupuesto de un pequeño municipio una vez ha ordenado, delimitado y regulado de manera pormenorizada la red de caminos municipales.

21. Del mismo modo que el crecimiento de las ciudades disfuncionaliza y expulsa las industrias, la concentración urbana disfuncionaliza los antiguos caminos (hecho que no impide que cumplan otra función). La diferencia es que las antiguas industrias eran privadas y ahora son propiedades residenciales también privadas, y los antiguos caminos que ya no sirven a la economía rural productiva eran bienes de dominio público con una función real que justificaba la afectación, y ahora en ocasiones son de dominio público con función pendiente de determinar.

22. GARCÍA ORTEGA, P. *Historia de la legislación española de caminos y carreteras*. Madrid: MOPU, 1982. A nuestros efectos interesa destacar:

—En la regulación decimonónica y de principios del siglo pasado (leyes de carreteras de 1857 y de 1877, de caminos vecinales de 1911 y en el Estatuto provincial de 1925) se utiliza la expresión *caminos vecinales* y la competencia municipal y provincial es confusa.

—De la Ley general de carreteras de 4 de mayo de 1877, García Ortega concluye que corren a cargo de los municipios las carreteras no incluidas ni en los planes del Estado ni de las provincias, y que satisfacen los intereses de las respectivas localidades. Son las incluidas en los planes de caminos vecinales (páginas 106 y 107).

—Desde la Ley de 1887 hasta la Ley de carreteras de 1974 la situación la describe García Ortega: “Por lo que respecta a los caminos vecinales la situación era muy especial [...], en síntesis, según la ley y el reglamento de caminos vecinales de 1911, los municipios tenían que aportar los terrenos, las diputaciones, construirlas, y el Estado auxiliar, a su construcción y conservación”. Finalmente, García Ortega afirma que “los caminos públicos están a cargo de la Administración municipal” (páginas 175 y 176).

—El Estatuto provincial de 1925 se establece como obligación mínima de las diputaciones los caminos vecinales que unían núcleos poblados de 75 habitantes. En la LRL de 1955, se distingue entre caminos vecinales (competencia de las diputaciones provinciales) y rurales (competencia de los ayuntamientos).

También son de interés las referencias de PONCE SOLÉ, Juli, *Regimen jurídico de los caminos y acceso al medio natural*, Madrid, Ed. Marcial Pons, pendiente de publicación, en el capítulo II.1.1. En concreto, cabe advertir que reproduce el reglamento de la Ley de caminos vecinales de 1911, que los definía como “los que enlazaban un pueblo con otro, con una estación de ferrocarril, con un puerto, cala o embarcadero, con un mercado, carretera o camino vecinal, así como los que dentro de un municipio enlazaban las cabezas del mismo con los suburbios, en caso de separación mayor de dos kilómetros”.

También explica que en la jurisprudencia hay una presunción implícita de titularidad municipal de los caminos rurales, como hace notar González Ríos, que señala que “[...] lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando esos caminos están afectos a un uso público, se inclina por considerarlos como bienes de dominio público municipal, debido, sobre todo, a las frecuentes usurpaciones de que son objeto por los particulares”.

Un examen de la densa y numerosa jurisprudencia sobre recuperación de oficio, por parte de los municipios,²³ de la posesión de los caminos, evidencia que la cuestión clave es la prueba de la posesión pública (es decir, del uso público), no la titularidad municipal, que ni la sala ni las partes (municipio y propietario o poseedor privado) se plantean, dado que la titularidad se interpreta como propiedad o derecho real de uso (no como competencia), cuestión excluida del examen de la jurisdicción contenciosa y reservada a la jurisdicción civil.

Con relación a los caminos que tratamos en este apartado, los municipios deben evitar que pierdan el carácter de caminos públicos y establecer un régimen de uso que sirva a nuevas necesidades agrarias, y no estrictamente agrarias, exigidas por el desarrollo rural, y a necesidades protectoras del medio ambiente. El principal problema se plantea cuando los municipios realizan esta actividad de policía demanial, caso a caso, sólo a través del ejercicio de interdictos impropios, en vía de recuperación de oficio, o a través de licencias de uso del dominio público, sin haber delimitado los caminos municipales, aprobado planes urbanísticos que contem-

plen su régimen jurídico o ordenanzas delimitadoras del uso común general; licencias que se conceden, por tanto, directamente en aplicación de la legislación local de bienes.

Una última consideración es que los caminos de uso público, ponen de manifiesto la importancia de la conceptualización del dominio público como propiedad o potestad por el hecho de existir caminos privados y por la gran conflictividad que ello conlleva en los procedimientos de recuperación de oficio, en vía contenciosa administrativa, y las acciones reivindicatorias o declarativas, en vía civil.

En este punto, los criterios de Chinchilla Marín aportan luz a la cuestión, cuando argumenta que, en paralelo a la escala de demanialidad, hay una escala de los títulos que legitiman la intervención sobre los bienes demaniales que van desde la soberanía, pasando por la propiedad y los derechos reales, hasta llegar a las “zonas de competencia demanial”.²⁴ Si los caminos son el resultado de una obra pública y se integran en la red o el sistema de movilidad local deberá exigirse a la Administración, bien la propiedad, bien haber constituido un derecho real de paso para que pueda abrirse al uso común general.

Si los caminos son cosas que pertenecen a todos (cuestión que puede defenderse, en general, del demanio público natural), el poder público sólo ejerce potestades y no debe exigírsele a la Administración que pruebe la propiedad o la titularidad de un derecho real para ejercer las potestades atribuidas para tutelar el dominio público.²⁵

23. PONCE SOLÉ, Juli. *Régimen jurídico de los caminos y acceso al medio natural*. Madrid: Ed. Marcial Pons, pendiente de publicación, capítulo IV.4, y SIBINA TOMÀS, Domènec “L’interdicte propi a la jurisprudència”, a *Quaderns de Dret Local* (primera etapa) número 17, 1998, páginas 81 a 92.

24. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *Bienes patrimoniales del Estado*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001:

“Llegados a este punto, es obligado preguntarse, cómo se explica que haya bienes demaniales que son propiedad del Estado y otros que, en el sentido estricto del término, no lo son o, más aún, que el demanio sea, esencialmente, potestad, pero que también pueda ser propiedad. A mi entender, la respuesta a esta cuestión pasa por distinguir, de un lado, el ‘dominio público’, como régimen jurídico que define un conjunto de potestades públicas que se ejercen sobre los bienes y, de otro, los títulos o los soportes jurídicos en virtud de los cuales la administración puede aplicar dicho régimen jurídico o, en otras palabras, ejercer las potestades que lo configuran. El dominio público sería, así, el conjunto de potestades que el ordenamiento jurídico otorga a la administración para que ésta garantice el destino de determinados bienes al uso público o al servicio público; esto es, un haz de poderes que el derecho le atribuye con el fin de que ordene la utilización y la protección de esos bienes al fin-uso o servicio-público al que están destinados. La naturaleza de los bienes será la que determine que el título en virtud del cual la administración ejerce ese haz de potestades no siempre sea el mismo, pues mientras que en unos casos ejercerá sus potestades demaniales por ser un dueño de la cosa (un inmueble, por ejemplo), en otros las ejercerá porque es titular de un derecho real sobre un bien que no le pertenece, y en otros, finalmente, porque la cosa pertenece a todos (las playas, por ejemplo) y sólo él, como poder público superior, deberá ejercer la potestas sobre ella.

“Lo dicho significa que de la misma forma que existen grados de exorbitancia del régimen jurídico aplicable a estos bienes, existe también una

escala en los títulos que legitiman la intervención sobre los mismos, esto es, una escala de los soportes o los fundamentos jurídicos de dichas potestades. Así, pues, los títulos que habilitan a la administración para el ejercicio de las potestades y prerrogativas que integran el dominio público –es decir, la llave que abre la puerta del dominio público– no es una sola, sino que son varias, y van desde la soberanía, pasando por la propiedad y los derechos reales, hasta llegar a lo que Waline denominó simples ‘zonas de competencia demanial’, es decir, bienes respecto a los que el Estado no es ni soberano, ni dueño, ni titular del derecho real siquiera, sino simplemente ‘rector’ del buen uso y administración del bien. Sería este último en grado mínimo de la demanialidad, que permite dar cabida a bienes de características tan peculiares como las frecuencias radioeléctricas [...]” (páginas 102 y 103).

25. Es de especial interés al proyectar estas ideas sobre los caminos, determinar si las vías pecuarias y las pistas forestales que forman parte de montes de dominio público pertenecen o no al demanio natural. González García entiende que deberían incluirse en el demanio natural las vías pecuarias, y se hace eco de las distintas posiciones doctrinales en relación con los montes: “[...] las funciones que históricamente ha desempeñado la Mesta sobre estas vías han sido la de mejorar el terreno, nunca crearla, como ocurre en otros ámbitos del demanio natural, en donde se realizan continuos obras de mejora, como ha ocurrido con el ya mentado Plan de mejora de costas [...] es preciso tener en cuenta que las vías pecuarias constituyen, como señala su ley reguladora, ‘auténticos corredores ecológicos’, esenciales para la migración, la distribución geográfica y el intercambio genético de las especies ‘silvestres’. En este sentido, si se aceptase la existencia del demanio natural, ya no tendría ningún inconveniente para incluirlas dentro del demanio natural. [...] El estudio de los montes nos conduce a una situación parecida. En efecto, mientras que por un lado nos evoca inmediatamente la idea del medio ambiente, y con ello la situación del demanio natural para las

6. Los caminos municipales de uso público fundamentalmente al servicio de la movilidad de personas y mercancías para finalidades agrarias

6.1. La legislación de carreteras y caminos y de concentración parcelaria

Hay una categoría de caminos que tienen una función de comunicación y accesibilidad aunque no han sido proyectados ni diseñados fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles (es decir, no son carreteras pero su régimen jurídico tiene como elemento teleológico común la comunicación física) y pueden ser delimitados negativamente, ni son carreteras locales ni vías urbanas, y por su finalidad, accesibilidad a lugares, núcleos y fincas.

Estos caminos se rigen por normas de la legislación autonómica de carreteras que regulan de forma residual los caminos, por la autonómica de caminos públicos y la legislación de régimen local sobre bienes. Estas normas se completan, si los fines son agrícolas, por la legislación autonómica de concentración parcelaria y, en todo caso, con las previsiones de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico.

La ley de carreteras 51/1974, antecedente de la LCa vigente de 1988, definió las carreteras (y olvidó los caminos) como las vías de dominio y uso público proyectadas y construidas para la circulación de vehículos automóviles. La LCa añade a la definición de la Ley de 1974 que las carreteras están proyectadas y construidas *fundamentalmente* para la circulación de vehículos automóviles, y ambas normas excluyen del concepto *carretera*, las vías urbanas, los caminos de servicio y los caminos privados con finalidad análoga a los de servicio.²⁶

Debemos acudir a la legislación autonómica de carreteras y a la de caminos públicos para obtener una aproximación legal al concepto camino. La legislación autonómica de carreteras se refiere a los caminos de uso público para excluirlos de su ámbito de aplicación y en algún caso realiza una definición positiva.

La exclusión se realiza en: a) la LCAr (“no tendrán la consideración de carreteras [...] las vías que tengan la consideración de caminos municipales”); b) la LCaAnd

(“no tendrán la consideración de carreteras: [...] los caminos agrícolas y los caminos forestales”);²⁷ c) la LCaCat (que excluye las pistas forestales y los caminos rurales del concepto de carretera), y d) la LCaRioja (que excluye de la condición de carretera las pistas forestales y los caminos agrícolas de concentraciones parcelarias). Puede observarse que el criterio de exclusión no es uniforme: bien la titularidad (caminos municipales), bien la función (caminos agrícolas o forestales), bien el emplazamiento (caminos rurales).

La definición positiva se realiza en:

a) La LCaPAst, que define los caminos rurales en el apartado 1 de la disposición adicional primera: “Tendrán la consideración de caminos rurales las *vías de comunicación* que de modo prioritario cubran las *necesidades de tráfico* generado en las áreas rurales, bien *dando servicio a núcleos de población o a los predios agrícolas o forestales*.”

b) La LCaCMancha y la LCaEx definen los caminos como “las *vías de dominio y uso público* destinadas al *servicio de explotaciones o instalaciones* y no destinadas fundamentalmente al tráfico general de vehículos automóviles”.

c) La LFCaNav, tiene por objeto “el control de los actos de edificación y uso del suelo que se realicen en las zonas de protección de las *vías de comunicación cuya titularidad corresponda a la Comunidad Foral de Navarra* con la finalidad de mantenerlas en estado óptimo de conservación y protección [...]”. Entre estas incluye “*las zonas de territorio especialmente construidas y destinadas al tránsito de vehículos de motor y de tracción animal [...]*”, y define los *caminos de tráfico rodado público* como “*las vías de comunicación municipales sitas fuera del perímetro integrado por el suelo urbano y el suelo urbanizable de cada municipio*”.

d) La LCaVal *integra en el sistema viario los caminos de dominio público de cualquier clase aptos, al menos, para el tránsito rodado*. Este *sistema viario está integrado* por las *redes* de carreteras del Estado, básica y local de la Comunidad Valenciana y la *red de caminos de dominio público de la Comunidad Valenciana, compuesta por todas las vías de titularidad pública no incluidas en los apartados anteriores, susceptibles de tránsito rodado*. La *titularidad* de esta red de caminos puede corres-

amplias extensiones de los que forman parte del dominio público (posición que mantiene Guaita), existen dificultades de carácter físico que pueden hacernos encuadrarlos dentro del demanio artificial. Así, son extensiones cuya apariencia física ha sido, en multitud de ocasiones, el fruto de la mano del hombre mediante continuas repoblaciones forestales ante los incendios que asolan nuestra geografía. Además, desde el punto de vista jurídico, el hecho de que estén afectos al fomento de la riqueza nacional junto con la necesidad de su calificación jurídica mediante su inclusión en catálogos afecta a otros autores y en lo que pertenezcan al demanio natural, como Morillo Velarde.” GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *La titularidad de los bienes del dominio público*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1998, páginas 202 y 203.

En contra de la calificación como demanio natural de las vías pecuarias HERRÁIZ SERRANO, *Régimen jurídico de las vías pecuarias*, Granada, Ed. Comares, páginas 304 y siguientes.

26. La legislación de carreteras estatal vigente en el apartado 1, del artículo 1, establece que “se consideran carreteras las vías de dominio y uso público proyectadas y construidas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles”, y en el apartado 1 de su artículo 3, “no tendrán la consideración de carreteras: a) los caminos de servicio, entendiendo por tales los construidos como elementos auxiliares o complementarios de las actividades específicas de sus titulares, y b) los caminos construidos por las personas privadas con finalidad análoga a los caminos de servicio”.

27. El camino agrícola es definido en el anexo de la ley “Glosario de términos” como “*vía de servicio* destinada, fundamentalmente, para acceso a fincas rústicas, y cuyo tráfico predominante es de tractores y maquinaria agrícola”.

ponder tanto a las entidades locales en cuyos términos municipales se encuentren ubicados como a las demás administraciones y organismos públicos.

e) La LCamEx define los caminos rurales igual que la LCaEx (*"vías de comunicación terrestre de dominio y uso público, destinadas básicamente al servicio de explotaciones e instalaciones agrarias y que, por no reunir las características técnicas y los requisitos para el tráfico general de vehículos automóviles, no puedan clasificarse como carreteras"*), pero incluye en el concepto de caminos públicos las *pistas forestales* de los montes incluidos en el catálogo oficial de montes de utilidad pública.

f) La NFCVCamAl considera caminos rurales *"las vías de comunicación de titularidad pública que enlazan núcleos de población y carreteras con fincas rústicas, ríos, bosques, montes, terrenos comunales o pastizales, y están destinados preferentemente al servicio de las fincas o de las explotaciones agrarias"*.

Esta visión de las normas que regulan los caminos fundamentalmente como vías de comunicación se cierra con la red de caminos mejorada o creada de nuevo en los procedimientos de concentración parcelaria, que tendrán el carácter de caminos públicos o privados de acuerdo con los que establezca el proyecto de concentración.²⁸ El artículo 59 de la Ley foral de Navarra 1/2002, de 7 de marzo, de regulación de infraestructuras agrícolas, ilustra el distinto régimen jurídico a que pueden quedar sometidos los caminos vinculados con la concentración parcelaria. De acuerdo con este precepto existen dos posibilidades:

a) Si las tierras sobrantes del procedimiento de concentración se adjudican como bienes comunales de la entidad local correspondiente, ésta deberá adquirir el compromiso de mantener la conservación de las obras de interés general, como caminos, redes de saneamiento y medidas medioambientales, realizadas con motivo de la concentración parcelaria.

b) Si se adjudican a las comunidades de regantes, sindicatos de riegos u otras asociaciones legalmente constituidas en la misma, éstas deberán asumir el correspondiente compromiso de conservación de todas las obras de interés general realizadas en la zona.

6.2. Vías urbanas versus vías rurales

La legislación examinada nos perfila unas vías de comunicación habitualmente de interés local, y cuya conser-

vación y policía es de competencia municipal, y, por tanto, son bienes municipales de dominio público y uso público, con finalidades de conexión de núcleos rurales y de instalaciones agrarias. Serían la cara opuesta a las vías urbanas definidas por González Ríos "como bienes de dominio público afectos de forma principal a un uso público local, concretamente el tránsito peatonal y el tráfico automovilístico, total o mayoritariamente, urbano, sirviendo, además, de apoyo a las edificaciones colindantes. Su itinerario generalmente se desarrolla dentro del suelo urbano, aunque excepcionalmente puede exceder de dicho suelo urbano si cuenta con itinerario alternativo". En nuestra opinión, su inserción en suelo urbano, que para ser tal precisará de servicios urbanísticos, da una especial significación al concepto utilizado por la autora de apoyo a las edificaciones colindantes.

Las vías rurales no tendrán tráfico automovilístico urbano, ni cuantitativa ni cualitativamente, se emplazarán en suelo no transformado urbanísticamente o, cuando excepcionalmente transcurran por suelo urbano, no serán una infraestructura de urbanización, y el apoyo a las edificaciones se concreta en la comunicación de instalaciones agrarias o de enclaves y lugares dispersos en el suelo no urbanizable.

En las normas de carreteras y caminos y de concentración parcelaria se advierte que los criterios son diversos a partir de uno común, ser una vía de comunicación susceptible de tránsito rodado (criterio que es lógica consecuencia del ámbito objetivo de estas leyes de carreteras o de caminos públicos). Se utiliza en unos casos el criterio funcional (acceso a núcleos de población e instalaciones agrícolas o forestales), de titularidad (pública en general, municipal, autonómica o de otros entes) de emplazamiento (suelo ni urbano, ni urbanizable) y de naturaleza jurídica (dominio público por afectación al uso público).

7. Los caminos municipales de uso público al servicio de la movilidad de las personas para acceder al medio natural o para realizar actividades de desarrollo rural sostenible no estrictamente agrarias: pueden conllevar mayor restricción del uso común general

La posibilidad de restringir el acceso y la forma de circular por los caminos municipales depende de cuál sea su uso común general.²⁹ Las posibilidades de restricción serán más intensas cuanto mayor sea la intensidad o peli-

28. Las normas reguladoras son: Ley de reforma y desarrollo agrario de 12 de enero de 1973; Ley 8/2002, de 5 de diciembre, de ordenación y modernización de las estructuras agrarias de la Comunidad Valenciana; Ley foral de Navarra 1/2002, de 7 de marzo, de regulación de las infraestructuras agrícolas; Ley de Galicia 12/2001, de 10 de septiembre, de concentración parcelaria (modifica la Ley 10/1985, de 14 de agosto de 1985); Ley de Cantabria 4/2000, de 13 de noviembre, de modernización y desarrollo agrario, y Ley 4/1990, de 23 de marzo, de concentración parcelaria, conservación de obras, unidades mínimas de cultivo y

fomento de explotaciones rentables; Ley de Aragón 14/1992, de 28 de diciembre, de régimen jurídico y medidas específicas de reforma y desarrollo del patrimonio agrario de la comunidad; Ley de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de concentración parcelaria, y Ley del Principado de Asturias 4/1989, de 21 de julio, de ordenación agraria y desarrollo rural.

29. Esta cuestión se examina por PONCE SOLÉ, Juli, *El régimen jurídico de los caminos y acceso al medio natural*, Ed. Marcial Pons, pendiente de publicación, capítulo IV.2.

grosidad del uso, conceptos relativos y condicionados a las características del camino y del entorno. La legislación sectorial ofrece criterios y parámetros. En especial, destacan las normas legales dictadas para evitar incendios forestales, que establecen un régimen jurídico específico para determinados caminos³⁰ y las reguladoras de acceso motorizado al medio rural.³¹ En concreto una de las ordenanzas localizadas, la del concejo de Acebedo (Álava), regula la circulación de vehículos a motor en los caminos rurales del concejo.

Hay una serie de caminos que tienen la función de acceso al medio natural, bien diseñados originariamente para esa función o no (pudieron cumplir en su día una función de accesibilidad a instalaciones agrarias o núcleos), bien integrados en el dominio público forestal (que forman parte de un monte catalogado), bien objeto de una servidumbre legal (de acceso al mar).

Un ejemplo muy representativo es la ordenanza reguladora de las pistas y los caminos del término municipal de Biescas, que define los caminos por su régimen jurídico ("los caminos incluidos son de uso público municipal"), pero su función de acceso al medio natural, desvinculada de la actividad agrícola, puede deducirse cuando la ordenanza establece el cierre de todos los caminos con vallas y candados, y somete a autorización municipal la circulación con vehículos a motor. El fundamento es doble: la intensidad de uso que provocan los distintos colectivos que utilizan los caminos (se citan expresamente los cazadores, los buscadores de hongos, los campistas y los que talan árboles para combustible), y la peligrosidad para el medio ambiente y para la conservación de los caminos que conllevan estos usos. A su vez, la ordenanza de la Parzoneria de Entzia (Álava) distingue entre las pistas de tránsito libre (en las que el uso común general tiene como límite los vehículos de quince toneladas) y los de tránsito restringido en las que el tránsito rodado siempre precisa de autorización municipal de uso común especial. Una perspectiva distinta nos la ofrece la ordenanza de Olaberriá (Guipúzcoa), que excluye del uso común general y prohíbe "el uso de vehículos a motor con fines ociosos, esto es: caza, conducción de motos o

coches, recogida de setas, etc.", a partir del último case-río del camino (artículo 4.4).

Estas ordenanzas permiten advertir la existencia de caminos para acceder al medio natural o pasear por el medio natural (piénsese en espacios naturales protegidos en los que todo su ámbito no es de libre acceso), que pueden estar incluidos o no en montes de dominio público y que no están al servicio de la agricultura sino del fomento de actividades de ocio y turísticas de interés económico para determinadas zonas rurales. Estas ordenanzas, por su función, evidencian con mayor claridad una potestad inherente en la conservación y policía de los caminos, la determinación del uso común general y, por tanto, de los usos comunes especiales y privativos. Estos caminos, en la medida que su función o destino principal no es la comunicación de núcleos e instalaciones agrarias, permiten una mayor limitación del uso común general, y singularmente de la circulación de vehículos a motor.

8. La competencia municipal de conservación y policía de caminos

El artículo 25 es el único de la LBRL que se refiere a los caminos, al establecer que el municipio ejercerá en todo caso competencias sobre conservación de *los caminos y las vías rurales*.³² La Ley de bases del régimen local ya no se volverá a referir específicamente a los caminos como objeto sobre el que proyectar competencias de los entes locales, ni en el artículo 25 de la LBRL (que las atribuirá sobre la pavimentación de *vías públicas urbanas* y la ordenación del tráfico de vehículos y personas *en vías urbanas*), ni en el artículo 26 de la LBRL (que establece como obligaciones mínimas municipales el *acceso a los núcleos de población* y la pavimentación de las *vías públicas*).

El artículo 25 de la LBRL, según la interpretación mayoritaria de la doctrina,³³ establece la relación de las materias o los asuntos en los que siempre y en todo caso está presente un interés local, lo que obliga *al legislador sectorial, estatal o autonómico, a otorgar al municipio las facultades sobre estas materias* de acuerdo con "las

30. La ley catalana 5/2003, de 8 de mayo, de medidas de prevención de los incendios forestales en las urbanizaciones sin continuidad inmediata con la trama urbana, establece, entre otras diversas, la obligación de la junta de la urbanización (que debe crearse de no existir un entidad urbanística de conservación) de mantener limpios de vegetación seca los viales de titularidad privada, tanto internos como de acceso, así como las cunetas.

La Ley andaluza 5/1999, de 29 de junio, de prevención y lucha contra los incendios forestales, establece en su artículo 31 que "El acceso a los caminos públicos que transcurran por terrenos forestales y el tránsito por los mismos podrá limitarse o prohibirse cuando la presencia de factores de riesgo lo haga aconsejable". Esta prohibición ya se establecía en el artículo 68 de la Ley forestal andaluza 2/1992, de 15 de junio ("Por razones de protección o conservación en zonas o caminos forestales de los montes públicos, podrán establecerse limitaciones al tránsito de personas, animales y vehículos, que

podrán contemplar la prohibición total o restricciones al mismo tanto temporales como permanentes).

31. Ver, por ejemplo, la Ley catalana 9/1995, de 27 de julio, de acceso motorizado al medio natural (BOE de 30 de agosto de 1995).

32. El artículo 25.d) *in fine* de la LBRL delimita la competencia sobre pavimentación de vías públicas urbanas y la conservación de caminos y vías rurales, y distingue estas competencias respecto de la prevista en el apartado b), de ordenación del tráfico de vehículos y personas en las *vías urbanas*.

33. Sobre la cuestión hay una extensa literatura científica. Por todos, ORTEGA ÁLVAREZ, *El régimen constitucional de la competencias locales*, INAP, Madrid, 1988, y "Las competencias como paradigma de la autonomía local" en el número extraordinario sobre la reforma del régimen local de la revista *Justicia Administrativa*, 2000, y MIR BAGÓ, *El sistema español de competencias locales*, Marcial Pons, Madrid, 1991.

características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión”, expresiones y términos que aparecen en el artículo 2.1 de la LBRL. Todo ello sin olvidar que el criterio de atribución competencial debe respetar y acomodarse al de las previsiones de la Carta Europea de la Autonomía Local.

En el caso de los caminos y las vías rurales, la atribución competencial se concreta, básicamente, en el marco normativo siguiente: *a)* la legislación estatal de régimen local, de bienes, de carreteras y de vías pecuarias; *b)* la legislación autonómica de régimen local y de bienes, de carreteras, que regulan de forma residual los caminos, y de caminos públicos y vías pecuarias, y *c)* normas que se completan, si los fines son agrícolas, por la legislación autonómica de concentración parcelaria y, en todo caso, con las previsiones de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico y la legislación de protección medioambiental.

El interés local sobre la materia lo acredita un breve repaso por nuestro derecho histórico, que permite afirmar que la competencia local de conservación y policía de los caminos y vías rurales es una, entre otras muchas, de las que conforman el núcleo esencial de la autonomía local, y se incorpora el contenido normal de aquella autonomía local. O dicho de otro modo, una de las competencias propias que conforma el núcleo esencial de la autonomía local (dado que su atribución se puede seguir, sin dificultad, desde la legislación del siglo XIX hasta nuestros días).³⁴

Utilizamos la expresión *conformadora del núcleo esencial de la autonomía local* en el sentido de competencia mínima garantizada a los municipios por la Constitución que define Sánchez Morón,³⁵ quien, después de afirmar que la autonomía local debe examinarse en la Constitución de acuerdo con los principios de pluralismo político y de descentralización administrativa y que la historia no tiene un valor absoluto, afirma: “[...] la teoría de los intereses peculiares, propios o exclusivos de los pueblos, no constituye el substrato único y total de la idea de autonomía subyacente al texto constitucional. Pero sí constituye el contenido mínimo de la autonomía garantizado por la Constitución.”³⁶ Para después concluir que lo que excede del contenido mínimo se encuentra en manos del legislador: “[...] Junto al contenido mínimo de la autonomía local, la Constitución garantiza también lo que podríamos denominar el

contenido normal de la autonomía. Ahora bien, respecto de este ámbito material suplementario, el alcance de la garantía institucional es, por fuerza, más etéreo. [...] El legislador goza de un ancho margen de libertad para redistribuir las competencias administrativas, en esta esfera. No obstante, no se trata de una libertad ilimitada.”³⁷

Todo ello pone de manifiesto el interés de identificar el contenido mínimo o esencial garantizado por la Constitución. En concreto, nos parece de utilidad, en relación con la diferenciación establecida en el artículo 7 de la LBRL, entre competencias propias y competencias delegadas, destacar, de acuerdo con las previsiones de la Constitución, de la LBRL y de la Carta Europea de la Autonomía Local, que:

a) Dentro de las competencias propias, pueden diferenciarse aquellas que conforman el núcleo esencial de la autonomía local y las que forman el contenido normal de aquella autonomía local, en los términos defendidos por Sánchez Morón.

b) Las competencias propias que excedan de aquel núcleo esencial son consecuencia de la aplicación de los principios de descentralización y máxima proximidad en la gestión a los ciudadanos, establecidos en el artículo 2 de la LBRL (y en el artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local) como criterio de asignación de competencias, por parte del legislador sectorial, y encontrarían su legitimación constitucional en el principio indicado de descentralización y en el de pluralismo político.

Esta diferencia resultaría irrelevante si las competencias propias pudieran ser configuradas como un bloque homogéneo sometido a un régimen jurídico idéntico en cuanto a las posibilidades de coordinación y tutela de las administraciones del Estado y las comunidades autónomas sobre la administración local *y en cuanto que la potestad reglamentaria de municipios actúe sometida a un régimen de vinculación igual respecto de la ley atributiva de competencia*. Contrariamente entendemos, en cuanto a este último aspecto, que la ley que atribuye competencias sólo otorga potestad normativa no resultante directamente de la Constitución para los entes locales, cuando realiza una opción de descentralización, no cuando delimita el núcleo esencial de competencias garantizado constitucionalmente, caso en que simplemente habilita para el ejercicio de la potestad normativa que deriva directamente de la declaración constitucio-

34. Ver la nota 22.

35. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, páginas 158 a 206.

36. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, página 186.

37. Según Sánchez Morón, lo que limita la libertad del legislador debe localizarse a través del método histórico, la funcionalidad lógica y complementaria de los principios de descentralización y de eficacia administrativa

—estos últimos se recogen expresamente en el artículo 2.1 de la LBRL—. Pero estos criterios, como reconoce el autor, no permiten declarar inconstitucionales las normas sectoriales que no atribuyen nuevas competencias a los entes locales —salvo supuestos muy excepcionales— y sólo permiten, y muy deficientemente, declarar inconstitucionales las normas que restringen o limitan las ya previstas en la legislación” (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, página 188).

nal de autonomía.³⁸ Las anteriores consideraciones las tendremos especialmente en cuenta en la segunda parte de este comentario.

Anexo de ordenanzas localizadas

Las páginas electrónicas para consultar los boletines pueden localizarse en www.gobiernolocal.org/enlaces.htm.

Las ordenanzas localizadas, a pesar de las diferencias terminológicas, tienen por objeto, en su gran mayoría, regular aspectos de conservación y policía de los *caminos municipales de uso público* (Biescas, Don Fadrique, Sotorribas, Albesa, La Floresta, Omellons, La Pobra de Cérvoles, Massacoleig, Nou de Gaia, La Carlota, Constantí, Senán, Vilabella, Olaberriá, Tricio y Hormilleja).

Otro ámbito objetivo más concreto es *el control de la circulación de vehículos a motor*, bien por caminos que forman parte de terrenos de dominio público por su condición de montes públicos (pista forestales del monte de titularidad de la Parzonería de Entzia, denominado Sierra de Entzia), bien por todos los caminos rurales, sean de titularidad de ayuntamientos o concejos o de la diputación foral (Acebedo), bien por todos los caminos rurales (Aramaio). Una variante de la ordenación del tráfico es la ordenanza para regularlo por los caminos construidos al ejecutar las obras vinculadas a una concentración parcelaria (Sada).

Hay otro grupo de ordenanzas que regulan *aspectos de conservación y policía de los caminos públicos*, no

sólo los de *titularidad municipal* (Borox y Cabezame-sada, que incluyen en su ámbito de aplicación las vías pecuarias y Lillo que incluye todos los caminos públicos).

Hay ordenanzas que *regulan los caminos públicos y privados* (Montgai, que establece una regulación del derecho de uso y edificación de los propietarios colindantes; Fuente del Maestre, que tiene como objeto principal garantizar la anchura y delimitación de los caminos, y las parroquias rurales del cantón de Cuenca, que establece obligaciones de mantenimiento y prohibiciones para los vecinos que limitan con caminos).

Finalmente, *una ordenanza (Mondragón) regula la subvención para las obras de pavimentación y saneamiento de caminos privados*, que una vez ejecutadas las obras subvencionadas conlleva la constitución de una servidumbre continua de paso pública por tiempo indefinido.

1. Ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (agrupadas por denominación)

1.1. *Reguladora de pistas y caminos* en el término municipal de Biescas³⁹ (Huesca).

1.2. *Municipal de caminos rurales* de la Villa de Don Fadrique⁴⁰ (Toledo) y de Sotorribas⁴¹ (Cuenca).

1.3. *Reguladora de caminos municipales* de los municipios de Albesa,⁴² La Floresta,⁴³ Omellons,⁴⁴ La Pobra de Cérvoles⁴⁵ y Massalcoreig⁴⁶ (Lleida), y del municipio de Nou de Gaia⁴⁷ (Tarragona).

38. SIBINA TOMÁS, Domènec. *La conservación de las fachadas en condiciones de seguridad*, Ed. Marcial Pons y Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1998, páginas 105 y 106.

39. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Huesca*, número 173, de 29 de julio de 2002. Su objeto es la policía de conservación, de uso y disfrute, de control y sancionadora de los caminos municipales de uso público en suelo urbano y urbanizable (artículos 5 y 1, apartado 3, epígrafe c). El artículo 5 establece que los caminos estarán cerrados con vallas y candados y que el tráfico de vehículos a motor es un uso común especial, que precisa de autorización.

40. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Toledo*, número 160, de 14 de julio de 2001. Su objeto es la planificación, la construcción, la conservación, la financiación, la explotación, el uso y el control de los caminos municipales de uso público. Define los caminos como vías de dominio y uso público, destinadas al servicio de las explotaciones o las instalaciones agropecuarias y que estén señalados como tales en los planos vigentes del catastro del término municipal, y los carriles o sendas como aquellos accesos a parcelas que son de propiedad privada y uso privado mancomunado.

41. Publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Cuenca*, número 6, de 16 de enero de 2002. Su objeto es la regulación de las potestades de policía respecto de los caminos de titularidad municipal, que son los que están definidos por los planos de la concentración parcelaria en cada núcleo.

42. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 61, de 21 de mayo de 2002. Su objeto es regular el ejercicio de la policía sobre los caminos municipales de uso público ("regula el uso de las potestades administrativas de defensa, conservación y garantía de uso público de los caminos vecinales y rurales del término municipal"). El artículo 1 establece que tienen la consideración de caminos vecinales o rurales las vías de titularidad

municipal que facilitan la comunicación con pueblos, pequeños núcleos urbanos, con fincas rústicas, y que sirven fundamentalmente a los fines propios de la agricultura y de la ganadería.

43. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 156, de 28 de diciembre de 2002. Su objeto es regular el tráfico, el uso y la defensa de los caminos y las vías rurales de titularidad municipal. Distingue entre los caminos integrantes de la red viaria básica, definidos como los caminos agrícolas que estructuran el término municipal, y que se relacionan uno a uno, y los caminos integrantes de la red viaria secundaria, que son los caminos no principales en suelo no urbanizable, que también se relacionan uno a uno. El artículo 3, apartado 3, señala que la relación de caminos municipales, su longitud y otras características se fijarán a partir del inventario de bienes municipales y de lo que establezca el planeamiento urbanístico municipal que esté vigente en cada momento.

44. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 59, de 16 de mayo de 2002. Su objeto coincide con el de la ordenanza de Albesa y establece una relación de caminos con el criterio de la ordenanza de La Floresta.

45. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 90, de 27 de julio de 2002. Coincide con los anteriores pero establece una relación más pormenorizada de los caminos municipales.

46. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 2, de 4 de enero de 2000. Coincide su objeto y forma de relacionar los caminos con las anteriores, y es la primera en el tiempo de las relacionadas en este comentario de la provincia de Lleida.

47. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona*, número 4, de 5 de enero de 2002. Su objeto es regular el uso y la defensa de los caminos y las vías rurales de las que es titular el ayuntamiento. En su artículo 2

1.4. *Del uso, conservación y protección de los caminos y vías rurales municipales* de La Carlota⁴⁸ (Córdoba).

1.5. *Reguladora de caminos* de Constantí (Tarragona) y *de caminos y vías rurales* de Senan⁴⁹ (Tarragona).

1.6. *Para la protección de la red de caminos de titularidad municipal* de interés comarcal del municipio de Vilabella⁵⁰ (Tarragona).

1.7. *Reguladora de las bases para la utilización especial de pista forestales y caminos de titularidad municipal* de Olaberri⁵¹ (Territorio Histórico de Guipúzcoa).

1.8. *Reguladora del uso mantenimiento y mejora de los caminos rurales* de los municipios de Tricio y Hormilleja⁵² (La Rioja).

2. Ordenanzas de control de la circulación de vehículos a motor

2.1. Para el *uso y utilización* de las *pistas forestales* de titularidad de la Parzonera de Entzia⁵³ (Territorio Histórico de Álava).

establece dos categorías de caminos: los caminos integrantes de la red viaria básica y los caminos integrantes de la red viaria secundaria.

Integran la red viaria básica los caminos agrícolas que estructuran el término municipal y tienen esa condición y “los que así figuren en las normas subsidiarias del municipio, así como todos aquellos que de forma expresa acuerde el Pleno del ayuntamiento, ya sean existentes o de nueva”. Añade el precepto que también forman parte de la red viaria básica los caminos determinados para la prevención de incendios forestales en los planes que se puedan elaborar con relación a éstos. Los caminos de la red viaria secundaria son los caminos no principales en suelo no urbanizable, y la ordenanza utiliza la cláusula residual “todos aquellos que no estén expresamente declarados como integrantes de la red viaria básica, se entenderán incluidos en la red viaria secundaria”.

48. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba*, número 26, de 21 de febrero de 2003. Su objeto es regular el uso, la conservación y la protección de los caminos y las vías rurales municipales, definidos como bienes de dominio público, de uso público. En el artículo 3 se definen los caminos rurales: los de titularidad y competencia municipal que facilitan la comunicación directa con pueblos limítrofes, con los núcleos urbanos y diseminados de las aldeas, el acceso de fincas y los que sirven a los fines propios de la agricultura y la ganadería.

49. Las ordenanzas de Constantí y Senan son prácticamente idénticas. La ordenanza de Constantí se publicó en el *Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona*, número 134, de 10 de junio de 2002, y la de Senan en el número 84, de 10 de abril de 2003. En ambos casos, su objeto es regular el uso y la defensa de los caminos y vías rurales de titularidad municipal. Establecen dos categorías de caminos y vías rurales: caminos integrantes de la red viaria básica (los caminos agrícolas estructuradores del término municipal) y caminos integrantes de la red viaria secundaria. Entre los primeros se incluyen los que figuren con esa categoría en el catálogo de caminos (Constantí) o en el inventario de caminos (Senan) y todos aquellos que de forma expresa lo acuerde el Pleno del Ayuntamiento, sean existentes o de nueva apertura.

Los caminos de la red viaria secundaria incluyen los caminos no principales en suelo no urbanizable y todos los que no estén expresamente declarados como integrantes de la red viaria básica.

50. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona*, número 253, de 4 de noviembre de 2002. Su objeto es la regulación de “las vías de titularidad municipal mediante el establecimiento de los instrumentos necesarios para garantizar su adecuada ordenación, funcionamiento y protección”. La ordenanza se fundamenta en los resultados de un trabajo previo de catalogación de caminos, tal como se desprende de su artículo 2, cuando establece que “la presente ordenanza debe aplicarse a los caminos incluidos en la red de caminos municipales de interés comarcal del Alt Camp, de acuerdo con el inventario aprobado por su consejo comarcal”. Asimismo, el artículo 2

2.2. *De regulación de la circulación de vehículos a motor* en los montes patrimoniales y *caminos rurales* y la explotación de setas en los montes patrimoniales de Acebedo⁵⁴ (Territorio Histórico de Álava).

2.3. *De la utilización de los caminos rurales y vecinales con vehículos pesados* del municipio de Aramaio⁵⁵ (Territorio Histórico de Álava).

2.4. *Reguladora de caminos* del municipio de Sada⁵⁶ (Navarra).

3. Ordenanzas de conservación y policía de caminos públicos, no sólo los de titularidad municipal

3.1. *Reguladora del uso de los caminos públicos* de los municipios de Borox⁵⁷ y Cabezamesada⁵⁸ (Toledo).

3.2. *Reguladora del mantenimiento, la reparación, el uso y el aprovechamiento de los caminos públicos* del municipio de Lillo⁵⁹ (Toledo).

define los caminos municipales de uso público: “[...] se considerarán caminos las vías de comunicación urbanas existentes entre poblaciones, núcleos, pasajes o partidas o que se construyan con categoría anterior a la carretera local.”

51. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Guipúzcoa*, número 59, de 2 de abril de 2002. Su objeto son las pistas y caminos de titularidad municipal que ni delimita ni cataloga (el artículo 1 establece: “Aun no siendo de titularidad municipal, ya que las pistas y los caminos en estos últimos años han sido arreglados y mejorados gracias a las importantes ayudas concedidas por las administraciones públicas son de uso público, el ayuntamiento tiene competencia para regular dicho uso.” Su finalidad principal es establecer el uso común general (para los vehículos la velocidad máxima es de 30 km/h y la carga máxima 20 Tm) y los supuestos de usos comunes especiales permitidos con autorización.

52. El contenido de ambas coincide y fueron publicadas, la de Hormilleja en el *Boletín Oficial de La Rioja*, número 4, de 8 de enero de 2002, y la de Tricio en el número 13, de 29 de enero de 2002. Su ámbito de aplicación son los caminos rurales de titularidad municipal, entendiéndose por tales “los que facilitan la comunicación directa entre los diferentes términos del municipio y que sirven fundamentalmente a los fines propios de la agricultura, exceptuándose, por tanto, las servidumbres típicas de fincas aisladas, que se registrarán por el Código civil”.

53. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava* (BOTH), número 98, de 30 de agosto de 2002. Su objeto es regular la circulación de los vehículos a motor en las pistas de los montes de la Parzonera de Entzia (que parecer de deducirse que son de dominio público, con lo que también lo serán las pistas y los caminos).

54. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava* (BOTH), número 34, de 23 de marzo de 2001. El objeto de la ordenanza es regular la circulación de vehículos a motor en los caminos rurales del Concejo de Acebedo. La definición de caminos rurales se remite a la Norma foral de Álava 6/1995, de 13 de febrero (BOTH, número 24, de 27 de febrero).

55. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava* (BOTH), número 34, de 20 de marzo de 2002. Su ámbito de aplicación son los caminos municipales y su objeto la regulación de la licencia que se precisa para circular con vehículos pesados.

56. Publicada en el *Boletín Oficial de Navarra*, número 101, de 21 de agosto de 2000. Su ámbito de aplicación son todos los caminos del término municipal, que se encuentran incluidos dentro de las obras de concentración parcelaria, incluidas las cunetas, los desagües, y demás infraestructuras que forman parte de las necesarias para el tránsito de vehículos en la zona de concentración parcelaria.

57. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Toledo*, número 16, de 20 de enero de 2001. Su ámbito es la regulación de usos y aprovechamientos

4. Ordenanzas de policía de caminos públicos y privados

4.1. De *caminos del municipio* de Montgai⁶⁰ (Lleida).

4.2. De policía rural *reguladora de la delimitación de los caminos rurales* y del cerramiento de fincas rústicas de Fuente del Maestre⁶¹ (Badajoz).

4.3. De *mantenimiento comunitario de vías, cauces y espacios públicos* en las parroquias rurales del cantón de Cuenca.⁶²

5. Ordenanza reguladora de las subvenciones para las obras de pavimentación y saneamiento de caminos privados

5.1. *Reguladora del plan de ayudas* para la ejecución de los proyectos de *pavimentación y saneamiento de caminos rurales* en el término municipal, y de las condiciones de mantenimiento y utilización especial de los caminos ejecutados del municipio de Mondragón⁶³ (Territorio Histórico de Guipúzcoa). ■

de los caminos de dominio público del término municipal y garantizar la conservación y la salvaguarda del carácter de uso público. Los caminos se relacionan en el anexo de la ordenanza. El articulado no precisa si incluye sólo los caminos demaniales municipales; sin embargo, el anexo que relaciona los caminos incluye las vías pecuarias (de titularidad de la comunidad autónoma).

58. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Toledo*, número 71, de 26 de marzo de 2001. Tiene el mismo objeto que la anterior o viceversa, pero es más precisa en la relación de caminos del anexo, dado que incluye la sigla identificativa de cada camino, la longitud y la anchura de calzada, de cuneta y total de ambas.

59. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Toledo*, número 79, de 8 de abril de 2002. Su ámbito de aplicación se extiende a todos los caminos públicos, aunque sólo se relacionan por anexo los municipales principales.

60. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Lleida*, número 74, de 20 de junio de 2002. El artículo 1 establece que constituyen la red pública de caminos del municipio los terrenos y las instalaciones destinadas a la vialidad territorial del término municipal. Su objeto es establecer limitaciones de edificación y uso a las propiedades que lindan con los caminos públicos (de titularidad municipal o de otros entes públicos).

61. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz*, de 17 de abril de 2002. Su objeto es delimitar los caminos rurales privados y públicos, municipales y autonómicos (vías pecuarias). Esta previsión del artículo 1 se con-

creta en el artículo 3, que establece que el fin social que se pretende garantizar es "la anchura y demarcación de los caminos públicos en general y de aquellos privados o particulares compartidos, cuyas partes legítimas así lo interesen respecto de los existentes en este término municipal".

62. Publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Cuenca*, de 22 de mayo de 2001. La juntas parroquiales son entes locales descentralizados de ámbito territorial inferior al municipio (artículo 45 de la LBRL), y en este caso la ordenanza establece obligaciones de mantenimiento y limpieza a los propietarios de lotes con frente a *vías* y espacios público comunitarios, y la prohibición general de arrojar residuos y descargas de aguas pluviales a *las vías públicas, los caminos vecinales* o los espacios públicos. El concepto de lote con frente a vías es genérico, no sólo incluye las vías públicas, y el de caminos vecinales tampoco permite presuponer necesariamente su carácter de bienes de dominio público.

63. Publicada en el *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Guipúzcoa*, de 9 de abril de 1997. La ordenanza tiene por objeto principal regular las ayudas para la ejecución de los proyectos de pavimentación y saneamiento de caminos rurales, pero también, y en ello radica su interés, regula las condiciones de mantenimiento y utilización especial de los caminos en los que se han realizado las obras. El artículo 7 establece que "cuando la obra haya finalizado, sea recepcionada por el ayuntamiento y el/los usuarios se verán obligados a aceptar el camino a *una servidumbre continua de paso público por tiempo indefinido, en lo que terrenos de su propiedad*".

La sección "Crónica de jurisprudencia" selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales (que será accesible desde la web de la Fundación Democracia y Gobierno Local), que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, conjuntamente con resoluciones novedosas, por el tema o por la doctrina jurisprudencial, o con resoluciones que confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

El objetivo es hacer la lectura de la jurisprudencia para los operadores jurídicos locales. Una lectura necesariamente sesgada, que no debe olvidar que es mucha la información a la que aquellos operadores pueden acceder, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y que debe primar las sentencias que sistematizan la doctrina anterior delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia. Ello conlleva que no se incluyan las resoluciones que no responden a las claves señaladas, y que la sección incluya en el futuro comentarios concretos de sentencias o líneas jurisprudenciales.

La sección se inició a 1 de enero de 2002 (QDL, 0) y en cada número se incluye, con carácter general, la selección de sentencias del período comprendido desde las de la última fecha del número anterior hasta las dictadas a seis meses del cierre de edición. Este período de seis meses permite acceder a bases de jurisprudencia lo suficientemente actualizadas y disponer de resoluciones del conjunto de jurisdicciones y órganos jurisdiccionales.

En este número se seleccionan sentencias dictadas desde el 12 de junio de 2002 hasta el 12 de octubre de 2002, salvo las del Tribunal Constitucional (por ser su publicidad casi inmediata), que se seleccionan hasta el 12 de febrero de 2003.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección ha sido realizada por Domènec Sibina Tomàs, y la elaboración y redacción de las fichas por Eva Arnal Arasa.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Inadmisibilidad de recurso contencioso-administrativo por ser el acto impugnado confirmatorio de un acto anterior que había sido consentido

SUPUESTO DE HECHO

El 25 de abril de 1996, un antiguo recaudador del municipio de Tormelloso reclamó al Ayuntamiento de dicho municipio la cantidad de 9.717.601 pesetas en concepto de IVA, en relación con el premio de cobranza referido a su actividad como recaudador municipal.

El 22 de junio de 1996, éste interpuso recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de la mencionada solicitud. El 30 de diciembre de 1998, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha inadmitió el recurso interpuesto por dirigirse contra una denegación por silencio antes de que el silencio se hubiera producido.

Tras ello, el 11 de mayo de 1999, volvió a reclamar la mencionada cantidad. Sobre esta cuestión, el Ayuntamiento acordó no adoptar una nueva resolución, por existir un acuerdo sobre dicha cuestión de 26 de abril de 1996 por el que se denegaba el pago de dicha cantidad. El Ayuntamiento consideraba que dicho acuerdo, al no haber sido recurrido en tiempo y forma, era firme.

El 9 de septiembre, el antiguo recaudador interpuso un segundo recurso contencioso-administrativo contra la denegación por silencio de la solicitud formulada en fecha 11 de mayo de 1999. La Sala de lo Contencioso-Administrativo inadmitió el recurso, al considerar que el acto impugnado era confirmación del acto dictado. Contra el mismo, se interpuso un recurso de súplica, desestimado por el Auto de 17 de mayo de 2000.

Contra dicho auto, el recurrente interpuso un recurso de amparo, al considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE). El Tribunal Constitucional denegó el amparo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La cuestión planteada en el recurso consistía en determinar si el órgano jurisdiccional, al considerar que el acto impugnado era confirmatorio de otro anterior que había sido consentido y, en consecuencia, haber inadmitido el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el mismo en virtud del artículo 28 de la LJ, había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo.

Alegaciones del recurrente

El recurrente consideraba que sí se había producido tal vulneración. Al respecto, éste se remitió a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) acerca del silencio administrativo, indicando que éste:

“[...] es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración”

Por ello, según el recurrente, “[...] no puede calificarse de razonable una interpretación que prime la inactividad de la Administración colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver”.

El recurrente consideraba que no se debería haber inadmitido el recurso interpuesto por cuanto “[...] para ello es preciso que entre el acto confirmatorio y el anterior consentido exista una total identidad y que esta identidad no puede existir en los supuestos en los que el acto confirmatorio se ha producido en virtud del silencio administrativo”.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.

Recurso de amparo

RESOLUCIÓN: 24/2003. Recurso de amparo número 3544/2000

FECHA: 10 de febrero de 2002

PONENTE: D. Tomás S. Vives Antón

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE; artículo 28 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LJ)

VOTO PARTICULAR: D. Eugeni Gay Montalvo

DOCTRINA: Inadmisibilidad de recurso contencioso-administrativo por ser el acto impugnado confirmatorio de acto anterior que había sido consentido (FJ 5)

Asimismo, consideraba que se había producido una vulneración del principio *pro actione*, citando una sentencia del TC en la que sostenía que “[...] la desestimación presunta de un recurso administrativo no puede producir el efecto determinante de la aplicación de esta causa de inadmisión, ya que ello constituye una aplicación irrazonable y no favorable al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de una causa legal de inadmisión”.

Planteamiento del ministerio fiscal

El ministerio fiscal estaba de acuerdo con el otorgamiento del amparo, por entender que “[...] no puede reputarse como consentido un acto cuando contra el mismo se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo, siendo indiferente, a estos efectos, que el acto recurrido fuera presunto y que posteriormente la Administración dictara una resolución expresa”. Según el ministerio fiscal, al impedir la resolución impugnada que el recurrente pudiera obtener una decisión sobre la cuestión de fondo de la cuestión planteada determinaba que ésta fuera contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

Planteamiento del Tribunal

Sin embargo, el Tribunal consideró que no existía tal vulneración, basando su planteamiento en que se trataba de una cuestión de legalidad ordinaria.

Éste indicó en primer que la aplicación de la causa de inadmisión invocada por los autos impugnados podía ser problemática en algunos casos, en concreto en aquellos “[...] en los que los actos administrativos impugnados resuelven una petición por la que el ciudadano ejerce un derecho al que el ordenamiento jurídico reconoce un plazo de ejercicio que no coincide con los plazos establecidos con carácter general para impugnar los actos administrativos, aunque con anterioridad haya pretendido ejercer el derecho de que se trate y la Administración se lo haya denegado”. (FJ 5)

Por su parte, admitió que “[...] las resoluciones administrativas no producen un efecto equivalente al de la cosa juzgada, la existencia de una resolución administrativa por la que se desestima una petición, por sí misma, no priva al destinatario de la misma del derecho a reiterar esa petición en un momento posterior si todavía el ordenamiento jurídico le concede acción para ello”. (FJ 5)

Sin embargo, según el Tribunal “[...] eso no provoca que, desde la perspectiva constitucional, pueda objetarse la interpretación de la causa de inadmisión que analizamos en el sentido de que, en tales supuestos, pueda considerarse consentido el acto no impugnado y, en consecuencia, inadmisibles los recursos en vía contenciosa, pues en definitiva es éste un problema de mera legalidad, que no compete a este Tribunal, ya que dicha interpretación sólo impone a quien pretende acceder a la jurisdicción la carga de impugnar previamente el acto, lo que en modo alguno puede estimarse ni arbitrario, ni desproporcionado”. (FJ 5)

Por tanto, según el Tribunal, “[...] la decisión tomada por el Tribunal se trataba de una mera cuestión de legalidad ordinaria [...]”. (FJ 5)

En cuanto al significado de declarar una cuestión como “de legalidad ordinaria”, el Tribunal indicó que cuando éste declaraba que una cuestión era de legalidad ordinaria, “no por ello está despojando de toda consideración de constitucionalidad a dicha cuestión”, pues “La Constitución, por el contrario, y muy particularmente los derechos fundamentales, inspiran y alientan todo nuestro ordenamiento, hasta sus últimas o más modestas manifestaciones” (FJ 5). Sin embargo, el Tribunal hizo una aclaración acerca de sus límites:

“[...] ello no puede implicar el que este Tribunal esté llamado a imponer su criterio determinando, hasta el último extremo, la medida en que todas y cada una de las interpretaciones de la legalidad, llamada ordinaria, deben quedar influidas por los contenidos constitucionales. Tal cosa equivaldría a extender el ámbito de las ‘garantías constitucionales’ (artículo 123.1 de la CE) que marca el límite de nuestra jurisdicción a la interpretación de todo el ordenamiento.” (FJ 5)

Por lo expuesto, el Tribunal concluyó que no se podía admitir la existencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, denegando, por tanto, el amparo.

VOTO PARTICULAR

El magistrado D. Eugeni Gay Montalvo no compartía la opinión mayoritaria de la sala, al entender que el problema planteado no

era una mera cuestión de legalidad, por cuanto ello llevaría a entender que:

“[...] si el ordenamiento jurídico le concede acción para ello, no se puede impedir al ciudadano que, ante la desestimación de una segunda petición con idéntico contenido, pueda posteriormente acudir a los órganos judiciales impetrando la tutela de sus derechos o intereses legítimos. Y ello porque, en caso contrario, se estaría privando al titular de este derecho o interés de la acción procesal que le permite la tutela judicial de los mismos y, en definitiva, vulnerando el derecho fundamental garantizado en el artículo 24.1 de la CE.”

Así, “[...] en estos peculiares casos, la falta o indebido ejercicio de una acción procesal o el defectuoso ejercicio de la misma contra la resolución administrativa no puede, en principio, determinar la pérdida del derecho material”.

Sin embargo, el magistrado aclaró que “[...] esta regla no resultaría de aplicación en aquellos casos en que el inicial acto administrativo declarase derechos a favor de terceros, habida cuenta que, en tal caso, el derecho a la seguridad jurídica del tercero impediría a la Administración que pudiera pronunciarse sobre la cuestión ya sometida a su consideración”.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el valor del silencio administrativo, ver las siguientes sentencias: STC 6/1986 (Aranzadi 1986/6), y STC 136/1995 (Aranzadi1995/136).

Sobre el significado de declarar una cuestión de derecho “de legalidad ordinaria”, ver la siguiente sentencia: STC 160/1997 (1997/160).

En este mismo número, declarando que “[...] los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales”, ver la STC 154/2002, de 18 de julio de 2002.

En este mismo número, en relación con las pautas que deben informar la labor interpretativa de los órganos judiciales, ver la siguiente sentencia: STC 196/2002, de 28 de octubre.

Tribunal Constitucional. Fallecimiento de un menor por rechazar, por motivos religiosos, una transfusión de sangre. Derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto de los padres ante el derecho a la vida del hijo menor

SUPUESTO DE HECHO

El 3 de septiembre de 1994, un menor, de trece años, sufrió una caída con su bicicleta, ocasionándose lesiones sin aparente importancia. Tres días más tarde, sangró por la nariz, y fue visto por un ATS, que no le dio importancia. Al sangrar nuevamente y con mayor intensidad, el menor fue trasladado a una clínica, donde le aconsejaron el traslado a otro centro hospitalario, en Lleida. Los médicos de dicho centro informaron a los padres de la necesidad de llevar a cabo una transfusión de sangre para detener la hemorragia. Ante ello, los padres les informaron que su religión no se lo permitía, rogando que el menor fuera sometido a un tratamiento alternativo. Al no poderse ofrecer otro método, los padres solicitaron el alta para poder trasladar al menor a otro centro. Ésta no fue concedida, por considerarse que peligraba la vida del menor, solicitando el centro autorización del Juzgado de Guardia para proceder a la transfusión. Los padres aceptaron dicha orden, como voluntad contraria a la suya y sus convicciones religiosas. Sin embargo, el menor no permitió que se procediera a la transfusión, reaccionando de forma violenta. Ante ello, los médicos solicitaron a los padres que le convencieran, negándose éstos a hacerlo por considerar

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno. Recurso de amparo

RESOLUCIÓN: 154/2002. Recurso de amparo número 3468/1997

FECHA: 18 de julio de 2002

PONENTE: D. Pablo Manuel Cachón Villar

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 16 y 15.1 de la CE

DOCTRINA: Fallecimiento de un menor por rechazar, por motivos religiosos, una transfusión de sangre. Derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto de los padres ante el derecho a la vida del hijo menor (FJ 6, 8, 10, 11 y 12)

que la Biblia no lo permitía. Desechada la posibilidad de proceder a la transfusión mediante el uso de algún producto anestésico, los médicos accedieron a que el menor fuera trasladado a otro centro en busca de un tratamiento alternativo, solicitando los padres la entrega del historial médico de su hijo. Una vez

entregado el expediente, en el centro hospitalario consideraron que carecía de sentido la permanencia en el mismo, siendo por ello trasladado el menor a su domicilio, hasta que fue localizado un especialista en la materia, que se encontraba en un centro de Barcelona, al que se trasladaron. En dicho centro se aconsejó nuevamente la práctica urgente de una transfusión. Por ello, los padres trasladaron al menor a un nuevo centro hospitalario (privado), reiterando los médicos la necesidad de una transfusión. Tras ello, regresaron a su domicilio (un municipio de Huesca), donde fue visitado por el médico de cabecera, quien consideró que no podía aportar nada que no estuviera en los informes hospitalarios.

El Juzgado de Instrucción de Fraga, tras recibir un escrito del Ayuntamiento informando sobre la situación del menor y oído el ministerio fiscal, autorizó la entrada en su domicilio, para que se procediera a la transfusión. Los padres acataron la voluntad del juzgado. El menor fue trasladado a un centro hospitalario, donde ingresó en coma profundo. La transfusión fue practicada sin que los padres opusieran impedimento alguno.

El menor falleció el 14 de septiembre como consecuencia de una descerebración por hemorragia cerebral. Si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones, se considera que habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una esperanza de curación definitiva de entre el sesenta al ochenta por ciento.

El Juzgado de Instrucción de Fraga tramitó sumario por el fallecimiento del menor, en el que fueron acusados sus progenitores. La Audiencia Provincial de Huesca los absolvió de los delitos de los que eran acusados (homicidio por omisión. Artículos 138 y 11 del Código penal de 1995).

El ministerio fiscal interpuso un recurso de casación contra dicha resolución, recurso que fue estimado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que los condenó “[...] como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes”.

Los acusados interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar que se habían vulnerado sus derechos a la libertad religiosa y a la integridad física y moral (artículos 16 y 15 de la CE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Como se ha indicado, los recurrentes invocaban la lesión de los derechos fundamentales a la libertad religiosa (artículo 16.1 de la CE) y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante (artículo 15 de la CE).

Para averiguar si efectivamente se había producido dicha vulneración, el Tribunal analizó en primer lugar el contenido y los límites del derecho a la libertad religiosa, haciendo un repaso a la jurisprudencia en la materia.

Acerca del contenido del derecho, el Tribunal se refirió a la doble dimensión interna y externa del mismo en cuanto a derecho subjetivo. Así, según el Tribunal, la libertad religiosa:

“[...] garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, y asimismo, “[...] junto a esta dimensión interna, esta libertad [...] incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros [...]. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una

esfera de *agere licere* lo es ‘con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales’.” (FJ 6)

En cuanto a los límites al ejercicio del derecho fundamental, indicó que:

“[...] el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.” (FJ 8)

En consecuencia:

“[...] todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido [...] ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone [...], y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial [...]”. (FJ 8)

Dicho lo anterior, el Tribunal pasó a analizar las particularidades del caso, donde el hecho que el afectado fuera un menor de edad podía, según éste, afectar al ejercicio del derecho a la libertad religiosa de los recurrentes.

En este sentido, el Tribunal planteó en primer lugar si los menores eran titulares del derecho a la libertad religiosa, indicando que efectivamente gozaban del mismo:

“[...] son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar.” (FJ 10)

En consecuencia, correspondería a los poderes públicos (y en especial a los órganos judiciales) “[...] velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el ‘superior’ del niño”. (FJ 10)

Sentado lo anterior, el Tribunal se centró en el valor que había que dar a la oposición del menor al tratamiento médico prescrito. Desde una perspectiva constitucional, el Tribunal consideró que: “[...] al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio substrato corporal –como distinto del derecho a la salud o a la vida– y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la CE)”. (FJ 10)

Sin embargo, en cuanto a la relevancia de su oposición, el Tribunal consideró que, si bien el ordenamiento jurídico concedía relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas de menores, “[...] el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto [...] que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”. (FJ 10)

De hecho, según el Tribunal, no había datos suficientes “[...] de los que pueda concluirse con certeza [...] que el menor fallecido [...] tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos habían de adoptar” (FJ 10). Aun así, el Tribunal admitió que las convicciones del menor en la decisión asumida “[...] no

podían ser desconocidas por sus padres a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos". (FJ 10)

Sentado lo anterior, el Tribunal planteó si la condición de garantes, atribuida por las resoluciones impugnadas a los recurrentes, resultaba afectada por el derecho de éstos a la libertad religiosa. El ministerio fiscal consideraba que no se tenía que cuestionar en amparo la inobservancia del deber de garante de los padres, por entender que había sido resuelto por los órganos judiciales "[...] de manera razonada y fundada en derecho". Sin embargo, el Tribunal consideraba que "los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente [...] del derecho a la libertad religiosa". (FJ 11)

Por ello el Tribunal procedió a analizar el juicio ponderativo efectuado por los órganos judiciales, en el que se confrontaban el derecho a la vida del menor (que, según el Tribunal "[...] tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte") y el derecho a la libertad religiosa y las creencias de los propios padres, indicando lo siguiente:

"[...] las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante [...]. Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión." (FJ 12)

Siendo ello así, el Tribunal consideró que "[...] la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa va más allá del deber que les era exigible en virtud de

su especial posición jurídica respecto del hijo menor". (FJ 15)

Por ello, el Tribunal consideró que la conducta de los padres se hallaba amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (artículo 16 de la CE), procediendo, por tanto, al otorgamiento del amparo solicitado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa, ver las siguientes sentencias: STC 46/2001, de 15 de febrero (Aranzadi 2001/46) (FJ 4); STC 340/1993, de 16 de noviembre (Aranzadi 1993/340), y STC 177/1996, de 11 de noviembre (Aranzadi 1996/177). Sobre la dimensión externa de la libertad religiosa, ver las siguientes sentencias: STC 19/1985 (Aranzadi 1985/19) (FJ 2); STC 120/1990 (Aranzadi 1990/120) (FJ 10), y STC 137/1990 (Aranzadi 1990/137) (FJ 8). Reconociendo la plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales: STC 46/2001 (Aranzadi 2001/46) (FJ 4); STC 24/1982, de 13 de mayo (Aranzadi 1982/24), y STC 166/1996, de 28 de octubre (Aranzadi 1996/1666).

Acerca de los límites a la libertad religiosa, ver la siguiente sentencia: STC 141/2000, de 29 de mayo (FJ 4). Sobre los límites a los derechos fundamentales en general, ver las siguientes sentencias: STC 57/1994, de 28 de febrero (Aranzadi 1994/57) (FJ 6); STC 58/1998, de 16 de marzo (Aranzadi 1998/58) (FJ 3); STC 11/1981 (Aranzadi 1981/11) (FJ 7); STC 1/1982 (Aranzadi 1982/1) (FJ 5); STC 53/1986 (Aranzadi 1986/53) (FJ 3); STC 69/1982 (Aranzadi 1982/69) (FJ 5), y STC 13/1985 (Aranzadi 1985/13) (FJ 2). Sobre los actos que limiten derechos fundamentales: STC 37/1989 (Aranzadi 1989/37) (FJ 7); STC 11/1981 (Aranzadi 1981/11) (FJ 10); STC 196/1987 (Aranzadi 1987/196) (FJ 4 a 6); STC 12/1990 (Aranzadi 1990/12) (FJ 8), y STC 137/1990 (Aranzadi 1990/37) (FJ 6).

Sobre la titularidad de los menores de derechos fundamentales, ver la siguiente sentencia: STC 141/2000, de 29 de mayo (FJ 4). Sobre la necesidad de que los poderes públicos velen porque el ejercicio de las potestades atribuidas al menor se hagan en interés del mismo, ver las siguientes sentencias: STC 215/1994, de 14 de julio (Aranzadi 1994/215); STC 260/1994, de 3 de octubre (Aranzadi 1994/260); STC 60/1995, de 17 de marzo (Aranzadi 1995/60); STC 134/1999, de 15 de julio (Aranzadi 1999/134), y STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann.

Sobre el contenido del derecho a la vida, ver las siguientes sentencias: STC 53/1985 (Aranzadi 185/53); STC 120/1990, de 27 de junio (Aranzadi 1990/120) (FJ 8), y STC 137/190, de 19 de julio (Aranzadi 1990/137).

Tribunal Constitucional. Derecho de reunión. Deber de comunicación previa. Exigencia de un plus de motivación a las resoluciones judiciales que incidan en el contenido de un derecho fundamental sustantivo. Previsibilidad en la aplicación de las normas por los tribunales

SUPUESTO DE HECHO

Un candidato a la Alcaldía de Huétor-Vega (Granada) celebró un mitin electoral en una plaza de dicha localidad sobre las 21 horas del día 19 de mayo de 1995. Asimismo, el día 26 de mayo sobre la misma hora celebró otro mitin en un olivar próximo a un centro social del municipio.

El candidato no había solicitado dentro del plazo legalmente establecido la autorización para la celebración de dichos actos al objeto de la correspondiente asignación de locales por parte de la junta electoral de zona, por lo que quedó fuera de la distribución de locales donde los actos se podían celebrar. Sin embargo, al querer celebrar una reunión electoral, en fecha 18 de mayo solicitó al Ayuntamiento la autorización para celebrar la reunión electoral, mediante un escrito en el que se solicitaba la "[...] autorización para la conexión de la megafonía a la red

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.

Recurso de amparo

RESOLUCIÓN: 196/2002. Recurso de amparo número 4719/1998

FECHA: 28 de octubre de 2002

PONENTE: D. Pablo Manuel Cachón Villar

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 21 de la CE; artículo 144.1.b) de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG)

DOCTRINA: Derecho de reunión. Deber de comunicación previa. Exigencia de un plus de motivación a las resoluciones judiciales que incidan en el contenido de un derecho fundamental sustantivo. Previsibilidad en la aplicación de las normas por los tribunales (FJ 4, 5 y 7)

eléctrica" de una plaza con vistas a la celebración de dicha reunión. El alcalde accedió a la petición, si bien dio traslado a la junta electoral de zona "de la comunicación [...] toda vez que no consta adjudicación/autorización alguna para la celebración de mitin por parte de la junta electoral de zona [...]". El traslado de la comunicación se efectuó el mismo día, solicitando a la junta que se comunicara con la mayor brevedad qué actuaciones podía ejercer el Ayuntamiento.

En relación con el acto del día 26 de mayo, la agrupación local del partido al que pertenecía el candidato remitió un escrito al Ayuntamiento en el que se le comunicaba la intención de celebrar el acto de cierre de campaña en un salón de actos del municipio. Al respecto, la Junta Electoral Provincial comunicó al Ayuntamiento el día en que estaba prevista la celebración del acto que, como quiera que para el mismo día lugar y hora estaba prevista la celebración de otro acto electoral, no se concedía la autorización a ninguna de las candidaturas, con lo que ambas se debían abstener de "[...] llevar a cabo ningún mitin, ni acto público en el día de la fecha en el repetido lugar". Como se ha indicado, el acto de cierre de campaña se celebró en un olivar.

Tras ello, los candidatos de diversos partidos políticos y coaliciones que habían concurrido en las elecciones en el mencionado distrito elevaron un escrito a la Junta Electoral Provincial de Granada denunciando la posible comisión de un delito electoral, al no haber tramitado el mencionado candidato, la comunicación previa al órgano electoral competente.

Como resultado de dicha denuncia, el Juzgado de lo Penal número 1 de Granada condenó al concejal, como autor de dos delitos electorales, a la pena de un mes y un día de arresto mayor por cada uno de ellos, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo período.

Dicha resolución fue recurrida por el condenado. La Audiencia Provincial de Granada confirmó las condenas impuestas en instancia y condenó al acusado a penas de seis meses de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

Tras ello, el condenado interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, solicitando la anulación de las sentencias reseñadas, por entender que habían conculcado sus libertades de reunión y de expresión [artículos 21 y 20.1.a) de la CE]. Asimismo, solicitaba la suspensión de la ejecución de las sentencias.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, declarando vulnerado el derecho fundamental de reunión por las sentencias mencionadas, restableciendo al demandante de amparo en la plenitud de su derecho y, a tal fin, declarando la nulidad de las mismas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Para dilucidar si efectivamente se había producido una vulneración del derecho de reunión, el Tribunal analizó el contenido del derecho fundamental, recordando la doctrina elaborada por el mismo.

Al respecto, el Tribunal declaró que éste:

"[...] surge como un derecho autónomo intermedio entre las libertades de expresión y de asociación, con las que sigue manteniendo una 'íntima conexión doctrinal', hasta el punto de que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria." (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal indicó que:

"[...] son elementos delimitadores o definidores del derecho de reunión, entre otros, el concierto de las personas que reúnen y la presencia de un fin lícito que actúa como condición externa de legitimidad del derecho." (FJ 4)

A continuación, el Tribunal se refirió a la supeditación del ejercicio del derecho al requisito de la comunicación previa (artículo 21.2 de la CE), aclarando que:

"[...] la obligación de comunicar, previamente, a la autoridad gubernativa la realización de la manifestación es, [...] tan sólo exigible con respecto a las reuniones 'en lugares de tránsito público'." (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal quiso dejar claro que la comunicación no consistía en una autorización, indicando que:

"[...] tan sólo [es] una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros, estando legitimada en orden a alcanzar tales objetivos a modificar las condiciones de ejercicio del derecho de reunión e incluso a prohibirlo, siempre que concurran los motivos que la Constitución exige, y previa la realización del oportuno juicio de proporcionalidad." (FJ 4)

Sentado lo anterior, con el fin de determinar la procedencia de subsumir, como hicieron los órganos jurisdiccionales, los hechos enjuiciados en el tipo del artículo 144.1.b) de la LOREG, precepto con un carácter "notablemente abierto", el Tribunal apeló a su doctrina relativa a las pautas que deben informar la labor interpretativa de los órganos judiciales.

Al respecto, el Tribunal se refirió al plus de motivación exigido a "[...] las resoluciones judiciales que incidan en el contenido de un derecho fundamental sustantivo [...] por comparación con el específicamente derivado del derecho a la tutela judicial efectiva [...]". (FJ 5)

En este sentido, el Tribunal indicó que la validez constitucional de la aplicación de las normas "[...] depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad [...], hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva, [...] que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos 'programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente' [...]" (FJ 5).

Según el Tribunal, "Desde esta doble perspectiva es preciso examinar en qué medida el ejercicio del poder punitivo supera las exigencias del juicio de proporcionalidad en sede constitucional" (FJ 5).

Para ello, el Tribunal consideraba preciso que "[...] se hagan expresas las razones que determinan la antijuridicidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo" (FJ 3). O, lo que es lo mismo "[...] la motivación de las resoluciones judiciales ha de determinar con precisión aquellos extremos fácticos que sitúan a la reunión o manifestación fuera del ámbito constitucional de protección".

Dicho lo anterior, el Tribunal volvió al artículo 144.1.b) de la LOREG, indicando que:

"La remisión del artículo 144.1.b) de la LOREG a la normativa relativa a las reuniones ha de entenderse hecha a la Ley orgánica reguladora del derecho de reunión, cuyo artículo 8, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la CE, supedita la 'celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones' a la comunicación previa a la autoridad gubernativa. Consecuentemente, por razón de la ya indicada remisión, esta previsión integra el tipo del ilícito penal aquí implicado." (FJ 7)

Sin embargo, los órganos enjuiciadores habían otorgado otro sentido al precepto, efectuando una "interpretación analógica *in malam partem*, no acorde con el contenido del derecho fundamental ejercitado", lo que suponía una quiebra del principio de legalidad penal.

Dicho principio, según el Tribunal, “[...] impone ‘por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla’.” (FJ 7)

Por ello, el Tribunal consideró que procedía conceder el amparo solicitado, declarando vulnerado el derecho fundamental de reunión por las sentencias mencionadas, restableciendo al demandante de amparo en la plenitud de su derecho y, a tal fin, declarando la nulidad de las mismas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la naturaleza del derecho de reunión, ver las siguientes sentencias: STC 85/1988, de 28 de abril (Aranzadi 1988/85) (FJ 2), y doctrina reiterada en la STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 3).

Sobre los requisitos de la comunicación previa, ver las siguientes sentencias: STC 36/1982, de 16 de junio (Aranzadi 1982/36); STC 101/1985, de 4 de octubre (Aranzadi 1985/101) (FJ 4); STC 66/1995, de 8 de mayo (Aranzadi 1995/66) (FJ 2); STC 59/1990, de 29 de marzo (FJ 5), y 42/2000, de 14 de enero (Aranzadi 2000/42) (FJ 2), entre otras.

Sobre los requisitos constitucionales que han de cumplir los ciudadanos para reunirse en la vía pública, ver la siguiente

sentencia: STC 59/1990, de 29 de marzo (Aranzadi 1990/59) (FJ 5).

Sobre el plus de motivación exigido a las resoluciones judiciales que incidan en un derecho fundamental sustantivo, ver las siguientes sentencias: STC 214/2000, de 18 de septiembre (Aranzadi 2000/214) (FJ 4); STC 63/2001, de 17 de marzo (Aranzadi 2001/63) (FJ 7); STC 68/2001, de 17 de marzo (Aranzadi 2001/68) (FJ 6.a), y (STC 14/2002, de 28 de enero (Aranzadi 2002/14) (FJ 5).

Sobre la exigencia de previsibilidad, ver las siguientes sentencias: STC 151/1997, de 29 de septiembre (Aranzadi 1997/151) (FJ 4); STC 236/1997, de 22 de diciembre (Aranzadi 1997/236) (FJ 3); STC 133/1987, de 21 de julio (Aranzadi 1987/133) (FJ 5); STC 137/1997, de 21 de julio (Aranzadi 1997/137) (FJ 7); STC 151/1997, de 29 de septiembre (Aranzadi 1997/151) (FJ 4); STC 64/2001, de 17 de marzo (Aranzadi 2001/64) (FJ 4.a); STC 137/1997, de 21 de julio (FJ 7); STC 151/1997, de 29 de septiembre (FJ 4); STC 161/1997, de 2 de octubre (Aranzadi 1997/161) (FJ 12); STC 42/1999, de 22 de marzo (Aranzadi 1999/42) (FJ 4), y STC 87/2001, de 2 de abril (Aranzadi 2001/87) (FJ 8).

Sobre el principio de legalidad penal, ver las siguientes sentencias: STC 64/2001, de 17 de marzo (Aranzadi 2001/64) (FJ 4.a); STC 137/1997, de 21 de julio (Aranzadi 1997/137) (FJ 6); STC 151/1997, de 29 de septiembre (Aranzadi 1997/151) (FJ 4), y 232/1997, de 16 de diciembre (Aranzadi 1997/232) (FJ 2).

Tribunal Constitucional. Aeropuertos. Competencias autonómicas. Control preventivo municipal de obras de nueva construcción, reparación y conservación de los mismos

SUPUESTO DE HECHO

El Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 24 y 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

El Tribunal estimó parcialmente el recurso, al admitir la inconstitucionalidad de los artículos 24 y 166.3 de la ley.

El magistrado D. Pablo García Manzano formuló un voto particular, por disentir de la interpretación hecha por el Tribunal de los apartados 2 y 3 del artículo 166.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal analizó la constitucionalidad del artículo 24 de la Ley, declarando inconstitucional y nulo el inciso “en todo el territorio nacional”, del título de dicho artículo y de su apartado 1, y su apartado 3.

En relación con el artículo 166, referido a actuaciones de planificación administrativa relativas a los aeropuertos de interés general, el Tribunal destacó antes de entrar en el análisis de sus apartados que en la impugnación de los mismos había un trasfondo común: la excesiva preponderancia de la competencia estatal, contraria al respeto de las competencias de las comunidades autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente.

Artículo 166.1

El primer apartado del artículo 166 dispone lo siguiente:

“El Ministerio de Fomento delimitará para los aeropuertos de interés general una zona de servicio que incluirá las superficies necesarias para la ejecución de las actividades aeroportuarias, las destinadas a las tareas complementarias de ésta y los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo y crecimiento del conjunto y aprobará el correspondien-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno. Recurso de inconstitucionalidad

RESOLUCIÓN: 204/2002. Recurso de inconstitucionalidad número 1251/1977

FECHA: 31 de octubre de 2002

PONENTE: D. Vicente Conde Martín de Hijas

VOTO PARTICULAR: D. Pablo García Manzano

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 149.1.b) de la CE; artículos 24 y 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; artículos 18 y 19 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de puertos del Estado y de la marina mercante (LPMM)

DOCTRINA: Aeropuertos. Competencias autonómicas. Control preventivo municipal de obras de nueva construcción, reparación y conservación de los mismos (FJ 8, 9, 10, 12 y 13)

te plan director de la misma en el que se incluirán, además de las actividades contempladas en el artículo 30 de la Ley de navegación aérea, de 21 de julio de 1960 (RCL 1960/1041, 1259; NDL 22247), los usos industriales y comerciales cuya localización en ella resulte necesaria o conveniente por su relación con el tráfico aéreo o por los servicios que presten a los usuarios del mismo.” (FJ 8)

La Generalitat consideraba inconstitucional dicho apartado por omitir cualquier referencia a la participación de las comunidades autónomas en el ejercicio de las funciones administrativas descritas por el mismo, a pesar de referirse a un espa-

cio en el que concurren competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente. Según la Generalitat dicho precepto suponía la creación de “[...] una especie de ‘reserva’ ajena a cualquier competencia que no sea estatal” (FJ 8).

Sin embargo, el Tribunal entendía que:

“[...] el artículo 166.1 de la Ley 13/1996 no contiene una regulación completa y exhaustiva del ejercicio de las competencias atribuidas en él al Ministerio de Fomento, de modo que la regulación de desarrollo de dicho precepto debe dejar un espacio de ordenación, no obstaculizado por el precepto que nos ocupa, para que pueda darse entrada a las comunidades autónomas, competentes en las materias urbanísticas y medioambientales, en la delimitación de la zona de servicio y en la elaboración del plan director por vía de informe, como la recurrente reclama.” (FJ 8)

En consecuencia, el Tribunal declaró que el precepto no era inconstitucional, aclarando que ello sería así “siempre que su silencio no se interprete como exclusión de la participación autonómica en las funciones de delimitación de la zona de servicio y elaboración de su plan director”. (FJ 8)

Artículo 166.2

El apartado 2 del artículo 166 dispone lo siguiente:

“Los planes generales y demás instrumentos generales de ordenación urbana calificarán los aeropuertos y su zona de servicio como sistema general aeroportuario y no podrán incluir determinaciones que supongan interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación aeroportuaria.” (FJ 9)

En relación con el párrafo primero de dicho precepto, el recurrente pretendía que se declarase que la calificación correspondía efectuarla a quien fuera competente en materia urbanística, esto es, al legislador autonómico y no al estatal. (FJ 9)

Según el recurrente “[...] el término *calificarán* ‘lleva a entender que se impone una determinada acción y se obliga al ejercicio de la competencia urbanística en un sentido’, lo que impone una prevalencia a priori de la competencia estatal de especial gravedad al no preverse ninguna intervención de las administraciones con competencias concurrentes en la delimitación de la zona de servicios [...]”, con lo que, en criterio de la recurrente, “[...] el artículo 166.2 vincula inconstitucionalmente la actuación del planificador urbanístico al imponerle la calificación que debe otorgar a un espacio concreto predeterminado sin su participación”. (FJ 9)

El Tribunal recordó que se había pronunciado sobre un asunto similar en su STC 40/1998, de 19 de febrero (acerca de la LPMM), a la que se remitiría sucesivamente en sus distintos fundamentos de derecho. Al igual que en ese caso, consideró que dicha medida tenía apoyo constitucional. En palabras del Tribunal:

“[...] la imposición de que los instrumentos generales de ordenación urbanística califiquen a la zona de servicio de los puertos estatales (aeropuertos estatales) como sistema portuario (aeroportuario) tiene su apoyo en el artículo 149.1.20 de la CE, y la limitación de las potestades de los entes con competencias sobre urbanismo y ordenación del territorio deriva, en unos casos, de la existencia previa de un puerto (aeropuerto), realidad que se impone a la autoridad urbanística y, en otros, de la decisión de crear un nuevo puerto (aeropuerto) de interés general, decisión que, por las razones apuntadas, y en las que no parece necesario insistir, corresponde al Estado como titular de la competencia exclusiva sobre los puertos (aeropuertos) que reúnan esa condición.” (FJ 9)

En cuanto al inciso segundo del párrafo primero (“no podrán incluir determinaciones que supongan interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación aeroportuaria”), el recurrente aludió nuevamente a la exclusión de la participación autonómica.

Al respecto, el Tribunal declaró que la prevalencia de la competencia estatal “[...] es la lógica consecuencia de la imposición a los planes generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística de la calificación de sistema general aeroportuario, cuya constitucionalidad se acaba de razonar” (FJ 10). De modo que:

“Si, [...] no cabe ‘negar legitimidad de que el Estado planifique territorialmente el ejercicio de sus competencias sectoriales haciendo uso de los instrumentos que estime idóneos’, no puede cuestionarse, como pretende la recurrente, lo que es el efecto jurídico lógico de dicha planificación.” (FJ 10)

En cuanto a la impugnación del párrafo segundo del artículo 166.2, el recurrente cuestionaba que la labor atribuida por el mismo fuera conferida en exclusiva a AENA, quedando excluidas de su posible ejercicio a las administraciones con competencias urbanísticas, autonómicas y locales. Al respecto, el Tribunal indicó que dicho precepto no impedía una “[...] interpretación según la cual, junto a la facultad que positivamente atribuye a AENA, pueda existir una facultad similar de las administraciones con competencia urbanística, no taxativamente excluida en la literalidad de la norma contemplada”. (FJ 10)

También en relación con el párrafo segundo, el recurrente planteaba “[...] hasta qué punto las previsiones del plan director pueden vincular la actuación de la autoridad urbanística competente para la aprobación del plan especial”. El recurrente consideraba que la obligatoriedad de que el plan especial esté de acuerdo con las previsiones del plan director “supone declarar [...], la prevalencia absoluta de la competencia estatal sobre la autonómica y municipal”, y llamó a la búsqueda de “mecanismos de diálogo y colaboración institucional en lugar de dar a entender que siempre el ejercicio de la competencia urbanística debe adaptarse a las previsiones contenidas en el plan director. Por ello, “El tratamiento discriminado de la competencia urbanística, autonómica y local, frente a la aeroportuaria merece también aquí el reproche de inconstitucionalidad”.

La respuesta del Tribunal al respecto fue la siguiente: “[...] debe afirmarse que, aun partiendo del juego de las necesarias técnicas de diálogo y colaboración institucional, no excluidas en el precepto ahora impugnado, es inevitable, llegado un momento, establecer un criterio final de solución, y en tal sentido el precepto, con base constitucional en el artículo 149.1.20 de la CE, no resulta constitucionalmente rechazable.” (FJ 12)

Artículo 166.3

Finalmente, el Tribunal analizó la constitucionalidad del artículo 166.3 de la ley, que dispone lo siguiente:

“Las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el ámbito del aeropuerto y su zona de servicio por AENA no estarán sometidas a los actos de control preventivo municipal a que se refiere el artículo 84.1.b), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, por constituir obras públicas de interés general.” (FJ 13)

El recurrente se oponía a la exclusión absoluta del control preventivo municipal que, como indicó el Tribunal, “[...] se refiere, sin restricciones, a todo el contenido del artículo 84.1.b) de la Ley 7/1985, y no sólo a la licencia, dato normativo que, según se verá después, es en este caso absolutamente determinante”. (FJ 13)

Al respecto, el Tribunal analizó el alcance de la autonomía local, declarando que: “Este derecho de intervención en los asuntos de su competencia forma, por tanto, el núcleo primigenio de la autonomía local”. Sin embargo, el Tribunal matizó que: “No obstante, [...] la Constitución no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y que no cabe hablar de ‘intereses naturales de los entes locales’ [...]”, sino que, “más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional” (FJ 13). Según el Tribunal, “uno de los asuntos de interés de los municipios es el urbanismo”. (FJ 13)

Como indicó el Tribunal, una de las normas que delimita el alcance de la autonomía local es la LPMM, acerca de la que indicó lo siguiente:

“[...] no excluye la intervención del municipio, el cual debe emitir un informe sobre la adecuación de tales obras al plan especial de ordenación del espacio portuario (apartado 1). Se garantiza, por tanto, la intervención del ente local tal y como exige la garantía institucional de la autonomía municipal, por lo que no puede apreciarse un menoscabo ilegítimo de la misma.” (FJ 13)

En cuanto al alcance de las facultades del Estado, indicó que:

“La facultad del Estado de incidir sobre la competencia urbanística, sustituyendo la previa licencia por el informe, se limita, por tanto, a las obras portuarias en sentido estricto, pero no puede alcanzar a aquellas otras que, aunque realizadas en la zona de servicio del puerto, son de naturaleza diversa.” (FJ 13)

A la vista de lo anterior, el Tribunal consideró que procedía declarar la inconstitucionalidad precepto analizado, por no haberse respetado la autonomía local. El Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] la exclusión de los actos de control preventivo municipal a que se refiere el artículo 84.1.b) de la Ley 7/1985 es absoluta, alcanzando incluso a la intervención por vía de informe [...]”, con lo que “[...] la única conclusión coherente con la doctrina de la STC 40/1998 es la de que en este caso la garantía institucional de la autonomía local no se respeta, por lo que el precepto impugnado debe ser declarado inconstitucional.”

VOTO PARTICULAR

El magistrado don Pablo García Manzano formuló en voto particular, por no estar de acuerdo en algunos extremos con el Tribunal.

En relación con el artículo 166.2, párrafo segundo, consideró que del modo en que está formulado “[...] elimina cualquier posible intervención de otra Administración en esta potestad de formulación [...]”.

Según el magistrado, “[...] el legislador escinde la potestad urbanística en dos aspectos o ámbitos, para atribuir, el primero, la formulación del plan especial a AENA, y asignar, el segundo, el sometimiento del plan ya formulado o redactado, al trámite de su aprobación, encomendando esta segunda fase o momento a las autoridades urbanísticas que determine la legislación aplicable”.

El magistrado consideraba que “[...] la formulación o redacción de este plan especial se inscribe en el ámbito de las competencias urbanísticas, como una potestad que se traduce en el impulso, la redacción y la puesta en marcha de dicho instrumento de planeamiento. Por ello, no sólo el trámite y ulterior aprobación es competencia de la correspondiente Adminis-

tración urbanística, sino que también debiera serlo, en principio, el esencial aspecto de su formulación o redacción. Si nos hallamos en presencia de actividad urbanística, [...] la determinación de qué ente público ostenta competencia para el ejercicio de dicha potestad urbanística –formulación del planeamiento– no puede fijarse sino por la comunidad autónoma, en cuanto a titular de la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y urbanismo, sin que el Estado se halle legitimado para desglosar del urbanismo esta concreta competencia o facultad, y señalar el sujeto o ente público que debe ejercerla”.

En consecuencia, el magistrado entendió que el párrafo 2 del artículo 166.2, era inconstitucional, “[...] por desconocer el orden constitucional de distribución de competencias”.

En cuanto al apartado 3, el magistrado no estaba de acuerdo con la argumentación utilizada por el Tribunal. Consideraba que ni aun habiendo contemplado la norma la posibilidad de que los municipios emitieran un informe previo, no podía servir como sustitutivo de la licencia urbanística, por el carácter no vinculante del mismo, que daba mayor poder a la autoridad estatal.

En palabras del magistrado, “[...] aunque [el informe] se emita en sentido desfavorable a la legalidad de las obras, no impide a la autoridad estatal (en este caso a AENA) llevar adelante las proyectadas, dado que tal informe no se configura con carácter vinculante, resultado que no se produce mediante el control preventivo que supone la licencia urbanística”.

Por tanto, según el magistrado: “Queda así, [...] en manos de la Administración aeroportuaria la observancia o respeto de las determinaciones propiamente urbanísticas del plan especial. Es, cabalmente, la eliminación de este modo de control preventivo en que consiste la licencia urbanística, prototípico de la competencia municipal, lo que produce, en mi criterio, la vulneración de la garantía institucional de la autonomía municipal y consiguiente inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la constitucionalidad de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante (LPMM), ver la siguiente sentencia: STC 40/1998, de 19 de febrero.

B) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Posibilidad de incluir criterios ambientales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el sector de transportes. La existencia de pocas empresas que cumplan los requisitos de una licitación no constituye una vulneración del principio de igualdad de trato

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Helsinki acordó someter progresivamente a licitación la red de autobuses de dicha ciudad. A tal efecto, se sometió a licitación la adjudicación de la primera línea de autobuses.

En el pliego de condiciones se establecía que “la adjudicataria sería la empresa que hiciera la oferta más favorable para el ayuntamiento desde el punto de vista económico global. Dicha apreciación debía tener en cuenta tres criterios, a saber, el precio global solicitado para la explotación, la calidad de los vehículos (autobuses) y la gestión por el empresario en materia de calidad y medio ambiente”. En relación con la calidad de los vehículos, se asignarían puntos por la utilización de vehículos que tuvieran emisiones de óxidos de nitrógeno inferiores a los valores establecidos en el pliego, y a un nivel de ruido por debajo de ciertos decibelios. En cuanto a la organización del empresario en materia de calidad y medio ambiente, los puntos se deberían conceder por un conjunto de criterios cualitativos y por un programa de conservación del medio ambiente.

Finalmente, se acordó elegir a la empresa de transportes A, por haber formulado la oferta menos cara y haber obtenido globalmente la mayor cantidad de puntos.

Una segunda empresa de transportes (B) interpuso un recurso de anulación alegando que “[...] la asignación de puntos adicionales por unos vehículos cuyas emisiones de óxidos de nitrógeno y ruido son inferiores a determinados límites no es equitativa y resulta discriminatoria”. Ésta afirmaba que “se habían atribuido puntos adicionales por la utilización de un tipo de autobús que, en realidad, un único licitador, a saber, HKL, podía proponer”.

El órgano jurisdiccional correspondiente desestimó el recurso, al entender que “[...] la decisión de la ciudad de Helsinki de dar preferencia a los autobuses poco contaminantes forma parte de la política ecológica, cuyo objetivo consiste en reducir los perjuicios que para el medio ambiente supone la circulación de los autobuses. Considera que ello no constituye un vicio de procedimiento. Si se aplicara dicho criterio de forma no equitativa contra un licitador, sería posible una intervención”.

Tras ello, B interpuso un recurso con el objeto de que se anulara la anterior decisión, alegando que “[...] a efectos de la apreciación global de las ofertas, no procedía tener en cuenta dichos factores ecológicos, que carecen de toda relación directa con el objeto de la licitación”.

El órgano jurisdiccional consideró que el examen del asunto exigía la interpretación de disposiciones de derecho comunitario, a fin de determinar si “un ayuntamiento, cuando adjudica un contrato público como el controvertido en el asunto principal, puede tener en cuenta consideraciones ecológicas relativas a los vehículos propuestos”. Por ello acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE) tres cuestiones prejudiciales, basadas en la supuesta ilegalidad del sistema de puntuación de los criterios relativos a los vehículos previstos en la licitación.

El TJCEE consideró que sí era posible la inclusión de criterios ambientales, siempre que estuvieran relacionados con el objeto del contrato. Asimismo, entendió que el hecho de que pocas empresas pudieran cumplir las exigencias de la licitación no

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asunto C-513/1999. Cuestión prejudicial. Concordia Bus Finland Oy Ab y Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne

FECHA: 17 de septiembre de 2002

PONENTE: V. Skouris

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 36.1.a) de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; artículo 34.1 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones

DOCTRINA: Posibilidad de incluir criterios ambientales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el sector de transportes. La existencia de pocas empresas que cumplan los requisitos de una licitación no constituye una vulneración del principio de igualdad de trato (FJ 43, 52, 53, 57, 59, 60, 61, 65, 66, 69, 80, 81, 85, 86, 87 y 93)

suponía una vulneración del principio de igualdad de trato. A dichas conclusiones se podía llegar tanto si se estaba a lo dispuesto por la Directiva 92/50/CEE, como a lo que indicaba la Directiva 93/38/CEE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Segunda cuestión (posibilidad de incluir criterios ambientales entre los criterios de adjudicación de contratos para apreciar la oferta económicamente más ventajosa)

En primer lugar, el Tribunal entró a analizar lo planteado en la segunda cuestión, consistente en valorar “[...] si el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, una entidad adjudicadora decide adjudicar dicho contrato al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta la reducción de las emisiones de óxidos de nitrógeno o de ruido de los vehículos, de forma que, si tales emisiones o tal nivel de ruido son inferiores a un determinado límite, pueden asignarse puntos adicionales a efectos de la comparación de las ofertas”. (FJ 43)

En relación con los criterios de adjudicación de contratos para apreciar la oferta económicamente más ventajosa, la Comisión consideró que debían ser “[...] objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora”. (FJ 52)

Sobre esta primera cuestión, el Tribunal señaló que, de acuerdo con el artículo 36.1.a), los criterios en los que se pueden basar las entidades adjudicadoras para la adjudicación de los

contratos pueden ser “[...] cuando el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa, distintos criterios que variarán en función del contrato, por ejemplo, en particular, la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo de entrega o de ejecución, el precio”. Según el Tribunal dicha lista de criterios no tenía carácter exhaustivo, al usar la norma la expresión “por ejemplo”. (FJ 53 y 54).

Asimismo, acerca de estos criterios, el Tribunal negó que tuvieran que tener una naturaleza económica, admitiendo que factores no puramente económicos podían afectar al valor de una oferta. Así, el Tribunal indicó que, habida cuenta del principio de coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y del artículo 130 R.2, párrafo 1, del TCE (traslado al artículo 6 de la CE por el Tratado de Amsterdam), que establece que las exigencias de protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la comunidad, se podía afirmar que el precepto analizado permitía el uso de criterios relativos a la conservación del medio ambiente.

Sin embargo, el Tribunal hizo una aclaración:

“[...] tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente” (FJ 57), indicando a continuación que: “Como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato.” (FJ 59)

Asimismo, el Tribunal indicó que se debía adoptar una decisión “sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos que varían en función del contrato de que se trate” (FJ 60). Por su parte, el Tribunal indicó que “resultaría incompatible con el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 un criterio de adjudicación que implicase la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador”. (FJ 61)

Lo anterior llevó al Tribunal a la siguiente conclusión:

“[...] cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, con arreglo al artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del derecho comunitario y, en particular, el principio de no-discriminación.”

En relación con el caso enjuiciado, el Tribunal entendió que los criterios exigidos en el pliego de condiciones referentes a las emisiones de óxidos de nitrógeno y niveles de ruido, se debían considerar “[...] relacionados con el objeto de un contrato relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús” (FJ 65), y, además, “no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección” (FJ 66), y “se mencionaban expresamente en el anuncio de licitación” (FJ 66).

Por lo expuesto, el Tribunal resolvió acerca de la segunda cuestión que:

“[...] el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales

criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del derecho comunitario y, en particular, el principio de no-discriminación.” (FJ 69)

Tercera cuestión (posible vulneración del principio de igualdad de trato por existir pocas empresas que puedan cumplir con los requisitos exigidos)

En la tercera cuestión planteada se solicitaba “[...] que se dilucide si el principio de igualdad de trato se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, debido a que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora es una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados”.

Al respecto, la Comisión declaró que “[...] corresponde al órgano jurisdiccional remitente pronunciarse sobre esta cuestión y determinar, sobre la base de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, si se aplicaron dichos criterios con el fin exclusivo de elegir la empresa admitida o si fueron establecidos para tal fin”. (FJ 80)

Acerca del principio de igualdad de trato, el Tribunal apeló al deber de respetarlo, indicando que ello “[...] responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia”. (FJ 81)

En cuanto al caso enjuiciado, el Tribunal consideró que “[...] el hecho de que sólo un número reducido de empresas entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”. (FJ 85)

Así, el Tribunal resolvió que:

“[...] el principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados.” (FJ 86)

Primera cuestión (consecuencias de la aplicación de la Directiva 93/38)

Finalmente, el Tribunal analizó la primera cuestión planteada, en la que debía “[...] si la respuesta a las cuestiones segunda y tercera sería diferente si el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trata en el asunto principal estuviera comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38”. (FJ 87)

Al respecto, el Tribunal indicó que:

“[...] tales directivas constituyen, conjuntamente, el núcleo del derecho comunitario en materia de contratos públicos y pretenden alcanzar objetivos similares en sus respectivos ámbitos de aplicación. [...] En estas circunstancias, no hay ningún motivo para interpretar de diferente manera dos disposiciones que están comprendidas en el mismo ámbito del derecho comunitario y redactadas de forma sustancialmente idéntica.”

Por ello, el Tribunal resolvió que “[...] la respuesta a las cuestiones segunda y tercera no sería diferente si el procedimiento

de adjudicación del contrato [...] estuviera comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38". (FJ 93)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Permitiendo a la entidad adjudicadora elegir los criterios de adjudicación de un contrato para determinar la oferta económicamente más ventajosa, ver las siguientes sentencias: STJCEE de 20 de septiembre de 1988 (TJCE 1988/26), Beentjes (31/1987, Rec. p. 4635), y STJCEE de 28 de marzo de 1995 (TJCE 1995/35), Evans Medical y Macfarlan Smith (C-324/1993, Rec. p. I-563).

Negando el carácter exhaustivo de la lista del artículo 36.1.a) de la Directiva 92/50/CEE, ver la siguiente sentencia: STJCEE de 18 de octubre de 2001 (TJCE 2001/284), SIAC Construction, C-19/2000, Rec. p. I-7725, apartado 35.

Sobre la necesidad de que para determinar la oferta económicamente más ventajosa la entidad adjudicadora adopte una decisión sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos, ver la siguiente sentencia: TJCEE de 28 de marzo de 1985, Comisión/Italia, 274/1983, Rec. p. 1077, apartado 25).

C) Jurisdicción contencioso-administrativa

Tribunal Supremo. Reintegro por la Administración de los gastos soportados por una comunidad de propietarios para la reparación de un inmueble vecino

SUPUESTO DE HECHO

En junio de 1989, los moradores de un edificio situado en el municipio de Arganda del Rey solicitaron a un notario que se personara en dicho inmueble para comprobar su estado, así como el de una cueva que transcurría por el subsuelo del mismo.

Unos días más tarde, el alcalde de dicho municipio dictó un decreto por el que se requería a la propietaria de un edificio colindante para que, en el plazo de cuarenta y ocho horas, comenzase las obras necesarias para la consolidación de la bodega situada en su subsuelo, debiendo estar finalizadas en el plazo de un mes.

Al cabo de una semana, varios vecinos requirieron al citado notario para que formulase un requerimiento a la propietaria de la finca colindante en situación de abandono donde se encuentra la mencionada vivienda, para que en el plazo de cuarenta y ocho horas realizase las reparaciones necesarias a fin de evitar que se produjeran más desperfectos en la finca de propiedad de aquéllos.

Un año y tres meses más tarde, uno de los vecinos del mencionado inmueble informó por escrito al Ayuntamiento de Arganda del Rey de la producción de nuevos hundimientos de la bodega mencionada, que continuaban afectando a los cimientos del edificio, en que habían aparecido más grietas, y advirtiendo que con anterioridad ya se había requerido al Ayuntamiento para que ejecutara las obras de reparación.

Durante los meses de enero y febrero de 1991, una empresa privada efectuó por cuenta de la comunidad de propietarios trabajos de pilotaje del indicado edificio, así como otros en la cueva hundida. Por dicho concepto la comunidad tuvo que abonar la cantidad de 11.191.293 pesetas. La misma empresa también arregló un socavón producido en la calle delante del edificio como consecuencia del hundimiento de la bodega, teniendo la comunidad que abonar por ello la cantidad de 645.640 pesetas.

Tras ello, en julio de 1991, la comunidad de propietarios reclamó al Ayuntamiento de Arganda del Rey la cantidad de 11.836.875 pesetas, como importe de lo abonado para realizar las obras mencionadas, que no fueron efectuadas por la corporación municipal en el ejercicio de la acción substitutoria impuesta legalmente.

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Arganda del Rey acordó desestimar la reclamación, al entender que la responsabilidad de dichas obras era exclusivamente de la propietaria.

Contra dicho acuerdo, la comunidad de propietarios interpuso un recurso contencioso-administrativo, recurso que fue inadmitido por no haber interpuesto la comunidad de propietarios el recurso de reposición preceptivo dentro del plazo de un mes

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación número 453/1997

FECHA: 15 de junio de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDANTE: Comunidad de propietarios

DEMANDADO: Ayuntamiento de Arganda del Rey

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 106.2 de la CE; artículo 181 de la Ley del suelo de 1976 (LS); artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL); artículo 40 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 (LRJAE), y artículo 121.1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa (LEF)

DOCTRINA: Reintegro por la Administración de los gastos soportados por una comunidad de propietarios para la reparación de un inmueble vecino (FJ 3, 4, 6 y 7)

que señala el artículo 52 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ).

El fallo mencionado fue recurrido en casación, estimando el Tribunal Supremo el único motivo alegado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo no estuvo de acuerdo con la decisión de inadmitir el recurso por la inexistencia de un recurso de reposición.

En primer lugar, el Tribunal destacó que el mismo Ayuntamiento había indicado en la notificación del acuerdo que contra el mismo se podía interponer un recurso contencioso-administrativo, y, aunque se indicara posteriormente "previo recurso de reposición", el Tribunal consideró que la forma en que ello se indicaba era "susceptible de inducir a confusión", afirmando a continuación que:

"La indicación de los recursos admisibles, [...] debe ser clara y precisa con el fin de evitar interpretaciones equivocadas, lo que en este caso no sucedió, al haber indicado al interesado que contra el acuerdo desestimatorio de su pretensión había recurso contencioso-administrativo a interponer en el plazo de dos meses." (FJ 3)

Como motivo para admitir el recurso, el Tribunal apeló también al carácter subsanable del recurso de reposición, como cualquier otro presupuesto de procedibilidad, según la interpretación jurisprudencial del mismo Tribunal de los artículos 57.3, 62.2 y 129.2 y 3 de la LJ. En atención a dicho principio, el Tribunal entendió que el Ayuntamiento hubiese tenido que requerir al recurrente la interposición del mismo. Por ello, el Tribunal consideró que “[...] ese defecto carece de virtualidad para enervar el ejercicio de la acción, al haber sido subsanado”. (FJ 4)

Por lo expuesto, el Tribunal estimó el único motivo alegado, entrando a continuación a resolver acerca de la acción ejercitada por responsabilidad patrimonial al no haber éste ejercitado sus potestades urbanísticas de ejecutar subsidiariamente determinadas obras para evitar los daños y perjuicios mencionados.

En este caso, el Tribunal estuvo de acuerdo con el planteamiento del recurrente, declarando lo siguiente:

“En el caso enjuiciado, el Ayuntamiento demandado y ahora recurrido no cumplió estos deberes, pues, a pesar de haber transcurrido más de un año del requerimiento efectuado a la propietaria a fin de que ejecutase, en el plazo de un mes, las obras en la cueva situada en el subsuelo del edificio y de la calle, sin que las hubiera iniciado, no desarrolló actividad alguna a pesar de que los propietarios del inmueble progresivamente dañado por el hundimiento de la cueva le hicieren presente tal situación y el deterioro que continuaba produciéndose en el edificio de su propiedad, *lo que les obligó a acometer por su cuenta las obras imprescindibles para evitar otros daños irreparables.*” (FJ 7)

Por ello el Tribunal consideró que el funcionamiento del Ayuntamiento fue anormal, “[...] lo que determinó que los propietarios del edificio afectado por los repetidos hundimientos de la cueva se viesen precisados a ejecutar substitutoriamente unas obras de reparación”, concluyendo que por ello, “dicho Ayuntamiento ha de reintegrarles los pagos efectuados a la empresa que ejecutó las obras, que deberían haber sido realizados por la propietaria o, en su defecto, por el Ayuntamiento, *sin perjuicio de que éste repita contra aquélla*”, al conculcar lo establecido en los artículos 54 de la LBRL, 106.2 de la CE, 40 de la LRJAE, 121.1 de la LEF y la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

A la vista de lo anterior, el Tribunal estimó el recurso de casación, condenando al Ayuntamiento de Arganda del Rey al pago de 71.141 euros, más los intereses legales, “[...] dejando a salvo la acción que dicho Ayuntamiento pueda tener al cumplir esta sentencia, frente a la propiedad de la bodega [...], que venía obligada a realizar las obras ejecutadas por la comunidad de propietarios recurrente”. (FJ 7)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando el carácter subsanable del recurso de reposición, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/5905) (Recurso de casación 281/1992, FJ 6); STS de 10 de febrero de 1996 (Aranzadi 1996/2249) (Recurso 454/1996, FJ 3); STS de 15 de noviembre de 1997 (Aranzadi 1997/9206) (Recurso de apelación 13660/1991, FJ 2), y STS de 18 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/4961) (Recurso de casación 389/1994, FJ 1). Dichas sentencias siguen el criterio acogido en las precedentes: STS de 15 de abril de 1986 (Aranzadi 1986/1754); STS de 19 de mayo de 1988; STS de 10 de mayo de 1989 (Aranzadi 1989/3857); STS de 27 de enero de 1990 (Aranzadi 1990/349); STS de 17 de octubre de 1991 (Aranzadi 1991/8190), y STS de 23 de octubre de 1991 (Aranzadi 1991/6963).

Sobre los efectos de la no-realización de una obra, ver las siguientes sentencias: STS de 20 de febrero de 1989 (Aranzadi 1989/2526); STS de 5 de febrero de 1991 (Aranzadi 1991/720); STS de 20 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3073); STS de 10 de mayo de 1993 (Aranzadi 1993/6375); STS de 18 de octubre de 1993 (Aranzadi 1993/7174); STS de 27 de noviembre de 1993 (Aranzadi 1993/8261); STS de 4 de diciembre de 1993 (Aranzadi 1993/10051); STS de 14 de mayo de 1994 (Aranzadi 1994/4190); STS de 4 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/4783); STS de 2 de julio de 1994 (Aranzadi 1994/6673); STS de 27 de septiembre de 1994 (Aranzadi 1994/7343); STS de 7 de noviembre de 1994 (Aranzadi 1994/10353); STS de 19 de noviembre de 1994 (Aranzadi 1994/10469); STS de 11 (Aranzadi 1995/1229), 23 (Aranzadi 1995/1280) y 25 de febrero (Aranzadi 1995/2096) y 1 de abril de 1995 (Aranzadi 1995/3226); STS de 5 de febrero de 1996 (Aranzadi 1996/987), y STS de 25 de enero de 1997 (Aranzadi 1997/266).

Tribunal Supremo. Carácter revisor de la jurisdicción contenciosa. Suficiencia de la petición del acto de conciliación previa al proceso civil para entender solicitada la responsabilidad en vía administrativa. Vinculación de la jurisdicción contenciosa con el contenido fallo penal

SUPUESTO DE HECHO

Los perjudicados por el incendio de una discoteca en Zaragoza solicitaron al Ayuntamiento de dicha localidad y al Departamento de Industria, Comercio y Turismo de la Diputación General de Aragón la indemnización por los daños y perjuicios producidos. Dichas solicitudes fueron desestimadas (en el caso del Ayuntamiento, de forma presunta), lo que dio lugar a que los anteriormente mencionados interpusieran un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que inadmitió el recurso en relación con el Ayuntamiento de Zaragoza y lo desestimó respecto de la Diputación General de Aragón.

Dicha resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Como primer motivo de casación, el recurrente se oponía a la declaración de inadmisibilidad de la acción frente al Ayuntamiento de Zaragoza por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, al haber considerado que el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa impide a ésta pronunciarse

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación número 1635/1998

FECHA: 29 de junio de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Ernesto Peces Morate

DEMANDANTE: Compañía de aguas

DEMANDADO: Diputación General de Aragón

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 38, 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículos 37.1 y 82 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ 1956)

DOCTRINA: Carácter revisor de la jurisdicción contenciosa. Suficiencia de la petición del acto de conciliación previa al proceso civil para entender solicitada la responsabilidad en vía administrativa. Vinculación de la jurisdicción contenciosa con el contenido fallo penal (FJ 2 y 3)

si no existe un acto previo objeto de impugnación acto que, según el tribunal de instancia, no existía en ese caso, al no haberse formulado pretensión alguna frente al Ayuntamiento. El recurrente consideraba que la inadmisión por los motivos expuestos suponía la vulneración de los artículos 38, 42, 43 y 44 de la LRJPAC.

Al respecto, el Tribunal recordó en primer lugar que la Exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa acoge, en palabras del propio Tribunal “una concepción superadora del perjuicio revisor”, al afirmar que “[...] se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”. Así lo había reconocido el mismo Tribunal en otras ocasiones, al admitir que la jurisdicción contencioso-administrativa “no es meramente revisora, sino plena”, de modo que “[...] basta el hecho de que la Administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del tema discutido, aunque no lo haya efectuado por razones formales, para que se estime cumplido el principio de contradicción y, en consecuencia, deba el Tribunal resolver el fondo del asunto”. (FJ 1)

Dicho lo anterior, el Tribunal pasó a analizar la afirmación del tribunal de instancia acerca de la inexistencia de una actividad, previa al proceso, encaminada a obtener la reparación del Ayuntamiento demandado. El Tribunal se mostró en desacuerdo con tal afirmación, al considerar que el hecho de que el Ayuntamiento tuviera conocimiento de la reclamación por daños y perjuicios efectuada por los perjudicados era suficiente para que los interesados pudieran interponer el recurso que considerasen conveniente. El Tribunal indicó lo siguiente:

“[...] dicho Ayuntamiento fue demandado en conciliación y no compareció al acto, al que expresamente fue convocado, y en el escrito de demanda, del que se le dio traslado, se recogían los hechos por los que se reclamaba su responsabilidad patrimonial por el incendio de la discoteca [...] el Ayuntamiento conocía que los perjudicados por el incendio de la mencionada discoteca la reclamaban una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, resultando intrascendente [...] que la reclamación se hubiese presentado ante la jurisdicción civil mediante un acto de conciliación, pues lo cierto es que el silencio del Ayuntamiento a esa expresa petición debe tener los efectos que establece el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de ‘permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente’.” (FJ 1)

A lo anterior, el Tribunal añadió que, como quiera que tanto el Ayuntamiento como la Administración autonómica tienen competencias en la actividad desarrollada por el establecimiento incendiado, podría estarse ante un caso de responsabilidad solidaria, con lo que, al haberse dirigido la reclamación contra una de ellas, no cabría, por tanto, alegar la ignorancia de una reclamación. El Tribunal se manifestó como sigue:

“[...] se está ante un posible supuesto de responsabilidad concurrente de las administraciones públicas, que, como había declarado la jurisprudencia y ha recogido la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículo 140) podría resultar solidaria, y, por consiguiente, la reclamación hecha a uno de los deudores solidarios perjudica a los demás, según lo establecido por el artículo 1141, párrafo segundo, del Código civil.” (FJ 1)

“[...] los demandantes dirigieron un escrito a la Diputación General de Aragón, en el que, como la propia sentencia recurrida admite, hacían referencia a las infracciones administrativas

del Ayuntamiento de Zaragoza, reclamando la responsabilidad patrimonial de ambas administraciones por tales infracciones.” (FJ 1)

Por tanto, “[...] si la responsabilidad de una y otra Administración, autonómica y local, pudiera ser solidaria y la reclamación se dirigió a una de ellas, según lo establecido en el indicado precepto del Código civil perjudica a la otra, que no puede sostener que ignorase tal reclamación antes de comparecer en el proceso contencioso-administrativo, porque había sido expresamente demandada en trámite de conciliación por los mismos hechos, negándose a comparecer al acto de conciliación y eludiendo dar respuesta a la comunicación previa en la que se aludía a tal reclamación”. (FJ 1)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que debía estimarse el primer motivo de casación, anulándose el pronunciamiento de la sentencia recurrida en ese aspecto.

Como segundo motivo de casación, el recurrente alegaba la existencia de un nexo de causalidad entre la falta de revisiones periódicas en la instalación eléctrica del establecimiento incendiado y el resultado de muerte producido en el incendio. Al respecto, el Tribunal se remitió a lo indicado en la jurisdicción penal, citando lo indicado por el mismo en otras ocasiones acerca de la vinculación de la jurisdicción contenciosa con el fallo penal.

El Tribunal indicó lo siguiente:

“Aunque [...] la responsabilidad patrimonial de la Administración puede anudarse a sus omisiones o inactividad [...] sin embargo es imprescindible que entre esas omisiones o esa inactividad y el daño producido exista nexo causal, el cual, si bien puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes [...] no se manifiesta ahora en cualquiera de ellas, como declaró la jurisdicción penal en la sentencia que enjuició la posible responsabilidad por el incendio de la discoteca, a cuyas conclusiones fácticas está vinculada esta jurisdicción, [...] transcribiendo la doctrina del Tribunal Constitucional [...] según la cual ‘los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (artículos 9.3 y 173.3 de la Constitución) vedan a los jueces y a los tribunales, fuera de los casos previstos por la ley, a revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiese reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia, cuyo efecto no sólo se produce con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada, sino que también se da cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una estricta dependencia aunque no sea posible apreciar el efecto recogido en el artículo 1252 del Código civil, ya que no se trata de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada, que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores ni reducir a la nada la propia eficacia de aquélla’.” (FJ 2)

Por lo anterior el Tribunal consideró que, si bien la causalidad es susceptible de ser revisada en casación, “[...] no cabe apartarse de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, que, a su vez, se ha limitado, como era procedente, a reproducir las declaraciones y apreciaciones de la sentencia pronunciada por la jurisdicción penal, para quien la falta de revisiones ninguna incidencia tuvo en la producción del fuego, y, por consiguiente, no es posible establecer relación de causalidad alguna entre las omisiones, en que hubieran podido incurrir ambas administraciones demandadas, y los efectos trágicos y

devastadores del fuego, lo que conduce necesariamente a la desestimación de las acciones ejercitadas por los recurrentes". (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el segundo motivo de casación y, por tanto, estimó sólo parcialmente el recurso planteado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Acogiendo una concepción superadora del perjuicio revisor, ver las siguientes sentencias: STS de 2 de julio de 1994 (Aranzadi 1994/6673); STS de 7 de noviembre de 1994 (Aranzadi 1994/10353); STS de 20 de enero de 1996; (Aranzadi 1996/748); STS de 6 de febrero de 1996 (Aranzadi 1996/2038); STS de 27 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/3149); STS de 10 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/4800); STS de 9 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/9798), y STS de 24 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/4146).

Admitiendo la posibilidad de reclamar la responsabilidad de la Administración por sus omisiones o su inactividad, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de octubre de 1993 (Aranzadi 1993/7499); STS de 27 de noviembre de 1993 (Aranzadi 1993/8261); STS de 4 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/4783); STS de 30 de abril de 1996 (Aranzadi 1996/3640); STS de 31 de julio de 1996; STS de 26 de octubre de 1996 (Aranzadi 1996/7605); STS de 12 de noviembre de 1996 (Aranzadi 1996/7939); STS de 25 de enero de 1997 (Aranzadi 1997/266), y STS de 15 de junio de 2002 (Recurso de casación 453/1997).

Exigiendo la existencia de nexo causal entre las omisiones o la inactividad y el daño producido, ver las siguientes sentencias: STS de 25 de enero de 1997 (Aranzadi 1997/266); STS de 26 de

abril de 1997 (Aranzadi 1997/4307); STS de 16 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1997/8786); STS de 28 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/3198); STS de 24 de marzo de 1998; STS de 13 de marzo de 1999 (Aranzadi 1999/3038); STS de 26 de febrero de 2000 (Aranzadi 2000/2450); STS de 15 de abril de 2000 (Aranzadi 2000/6255); STS de 21 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/9167), y STS de 18 de mayo de 2002.

Acerca de la vinculación de la jurisdicción contenciosa a las conclusiones fácticas de la jurisdicción penal, ver la STS de 10 de junio de 2000 (Aranzadi 2000/7154) (Recurso de casación 919/1996, FJ 5 y 6). Dicha sentencia transcribe la doctrina del Tribunal Constitucional, plasmada en las siguientes sentencias: STC 77/1983 (Aranzadi 1983/77); STC 67/1984 (Aranzadi 1984/67); STC 58/1988 (Aranzadi 1988/58); STC 207/1989 (Aranzadi 1989/207); STC 189/1990 (Aranzadi 1990/189); STC 171/1991 (Aranzadi 1991/171), y STC 182/1994 (Aranzadi 1994/182).

Admitiendo la revisión en casación de la relación de causalidad, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/4465); STS de 13 de febrero de 1999 (Aranzadi 1999/3015); STS de 13 de marzo de 1999 (Aranzadi 1999/3038); STS de 26 de marzo de 1999 (Aranzadi 1999/3164), STS de 6 de abril de 1999 (Aranzadi 1999/3451), STS de 24 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/7256); STS de 30 de octubre de 1999 (Aranzadi 1999/9567); STS de 27 de diciembre de 1999 (Aranzadi 1999/10072); STS de 26 de febrero de 2000 (Aranzadi 2000/2450); STS de 9 de mayo de 2000 (Aranzadi 2000/6263); STS de 22 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2002/1817), y STS de 18 de mayo de 2002.

Tribunal Supremo. Pago de cantidades adeudadas por prestación del servicio de residuos sólidos urbanos. Ejecutividad de los actos en las relaciones interadministrativas de conflicto. Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva

SUPUESTO DE HECHO

El Consell Metropolità de l'Horta (CMH) interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta por el Ayuntamiento de Paiporta del pago de cantidades adeudadas por prestación del servicio de residuos sólidos urbanos (RSU), del ejercicio 1992.

Según el recurrente, los actos presuntos impugnados "[...] desatendieron requerimientos de ordenación y pago efectuados por el CMH en concepto de aportación por prestación del servicio de tratamiento de RSU durante el ejercicio de 1992", hecho que consideraba un "acto presunto ilegal". El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana declaró la inadmisibilidad de dicho recurso, fundamentando la inadmisión en que "[...] la Administración (recurrente, el CMH) puede ejecutar por sí misma (el crédito o la obligación de pago), sin necesidad de impetrar la ayuda de los tribunales, en virtud del privilegio de autotutela ejecutoria de la que disponen".

La resolución mencionada fue recurrida en casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso, casando y anulando las resoluciones recurridas y declarando el derecho del recurrente a que la sala de instancia admitiera a trámite el recurso y resolviera sobre la pretensión deducida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal determinó si en el presente caso el privilegio de autotutela del que está investida la Administración justificaba la inadmisión del recurso o, por el contrario, en ese supuesto concurría alguna circunstancia que justificara el conocimiento del asunto por los tribunales, en cuyo

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo número 902/1998

FECHA: 26 de julio de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Montalvo

DEMANDADO: Ayuntamiento de Paiporta

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la CE; artículos 95 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículos 1, 2 y 40 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ), y artículo 9.4 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (LOPJ)

DOCTRINA: Pago de cantidades adeudadas por prestación del servicio de residuos sólidos urbanos. Ejecutividad de los actos en las relaciones interadministrativas de conflicto. Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva (FJ 3, 4 y 5)

caso podría haberse visto vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

Para dilucidar si se trataba de una cosa o la otra, el Tribunal analizó el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y su relación con la autotutela administrativa.

En cuanto al derecho a la tutela judicial, el Tribunal destacó en primer lugar la titularidad del mismo por parte de los entes públicos. Al respecto, indicó que “[...] existiendo una vía judicial preestablecida por la ley, los órganos judiciales deben respetar el derecho a la tutela judicial que demanden los que están legitimados para ello, sin que este imperativo pueda ser excepcionado cuando el que reclama la prestación jurisdiccional es un ente público”. (FJ 3)

Acerca del deber de respetarlo, el Tribunal declaró lo siguiente:

“No es un derecho de libertad ejercitable sin más a partir de la CE, sino un derecho de prestación no condicionado y absoluto sino de configuración legal que no puede ejercerse al margen del procedimiento legalmente establecido, pues incumbe al legislador la configuración de la actividad judicial y del proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones.” (FJ 3)

Dicho lo anterior, el Tribunal se refirió a las consecuencias de la falta de revisión por los tribunales de los actos, indicando que:

“[...] la exclusión o el señalamiento de una zona inmune a la revisión de los tribunales resulta contraria no sólo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el mencionado artículo 24.1 de la CE, sino también al pleno control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa que consagra el artículo 106 de la CE, en relación con el sometimiento pleno a la ley y al derecho que establece el artículo 103.1 de la CE.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal entró en las particularidades del caso enjuiciado, indicando que se planteaba el conflicto entre dos administraciones. Según el Tribunal, ello trasladaba el asunto “[...] al ámbito del contencioso interadministrativo (recursos contencioso-administrativos interpuestos entre administraciones públicas) y, dentro de él, a uno de los aspectos caracterizadores o esenciales de nuestro régimen administrativo, el de la ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública que los dicta, en el que la sala de instancia considera inadmisibles la viabilidad del proceso, precisamente por la existencia de dicha autotutela ejecutiva”. (FJ 3)

Por su parte, acerca de la autotutela administrativa, el Tribunal indicó en primer lugar que era compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, “[...] siempre que se conjugue debidamente con la potestad jurisdiccional de suspensión [...]”. (FJ 4)

En cuanto a la autotutela administrativa como causa de inadmisibilidad, el Tribunal afirmó que, “[...] comporta la válida declaración de inadmisibilidad de un proceso que altere la esencia de nuestro régimen administrativo antes descrito. Esto es, no resulta concebible y por ello sería procesalmente inadmisibles una pretensión de la Administración formulada ante el juez para que declarase la validez y eficacia de un acto administrativo propio o para que ejecutase la decisión que éste comporta, fuera de los casos en que ‘la Constitución o la ley exigen la intervención de los tribunales’ (artículo 95 de la LRJPAC), y al margen, claro está, del sistema de declaración de lesividad contemplado en el artículo 103 de la LRJPAC”. (FJ 4)

Sin embargo, según el Tribunal, en los casos como el enjuiciado la ejecución de los bienes se encontraba con ciertos obstáculos. En palabras del Tribunal, “[...] el principal problema práctico que presenta la ejecución forzosa en estos casos es determinar para la Administración pública la aplicabilidad de los medios de ejecución forzosa dispuestos por la LRJPAC para imponer el cumplimiento forzoso de las obligaciones a otra Administración pública, que también es titular de potestades administrativas y de prerrogativas; esto es, principalmente, la aplicabilidad a otra Administración pública del apremio administrativo”. (FJ 5)

El principal obstáculo sería el de la “inembargabilidad de los bienes de las administraciones públicas”. Toda Administra-

ción deudora puede oponerla ante la exigencia del pago de una deuda, resistiéndose así a la ejecución forzosa.

Como indicó el Tribunal, dicha cuestión había sido modulada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “[...] desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) que, obviamente, y en puridad de principios, sólo pueden otorgar los jueces y los tribunales [...]”. (FJ 5)

La doctrina del TC partía de la distinción entre bienes demaniales y bienes patrimoniales: “Los primeros sometidos a un régimen protector, alguno de ellos desde la propia Constitución en atención a su vinculación al cumplimiento de fines constitucionales o a la prestación y gestión de un servicio público. Los segundos, los patrimoniales, se definen negativamente por su no-afectación al uso o al servicio público” (FJ 5). Estos últimos quedarían excluidos de la prerrogativa de la inembargabilidad y, por tanto, serían ejecutables.

A la vista de todo lo expuesto, en relación con el conocimiento por los tribunales de los conflictos interadministrativos, el Tribunal concluyó lo siguiente:

“Por consiguiente, en las relaciones interadministrativas de conflicto, aunque teóricamente no se excluya la autotutela de las administraciones públicas y el eventual ejercicio de la autotutela ejecutiva a través de un procedimiento de apremio administrativo, ha de entenderse que las pretensiones deducidas por una Administración pública frente al acto, expreso o presunto, de otra Administración sujeto a derecho administrativo están incluidas en el ámbito de la cláusula general atributiva de competencia al orden contencioso-administrativo contenida en el artículo 1 de la LJ y en el 9.4 de la LOPJ, sin que resulten excepcionadas del conocimiento de los tribunales de este orden por la exclusiones del artículo 2 de la LJ o por las excepciones que respecto de determinados actos se establecían en el artículo 40 de la LJ. Y si ello es así una indebida inadmisión del recurso contencioso-administrativo, en aplicación de una causa inexistente como es, en este caso, la falta de jurisdicción o la inclusión de la denegación presunta entre los supuestos de los actos contemplados en el citado artículo 40 de la LJ resulta contraria a los postulados del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la CE.” (FJ 5)

Por ello, el Tribunal admitió el recurso de casación y, como se ha indicado, casó y anuló las resoluciones recurridas y declaró el derecho del recurrente a que la sala de instancia admitiera a trámite el recurso y resolviera sobre la pretensión deducida.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando la titularidad de las personas jurídico-públicas del derecho fundamental a la tutela judicial, ver las siguientes sentencias: STC 19/1983, de 14 de mayo (Aranzadi 1983/19); STC 64/1988, de 12 de abril (Aranzadi 1988/64); STC 197/1988, de 24 de octubre (Aranzadi 1988/197); STC 99/1989, de 5 de junio (Aranzadi 1989/99); STC 100/1993, de 22 de marzo (Aranzadi 1993/100); STC 91/1995, de 19 de junio (Aranzadi 1995/91), y STC 129/1995, de 11 de septiembre (Aranzadi 1995/129), entre otras.

Declarando que la exclusión o el señalamiento de una zona inmune a la revisión de los tribunales resulta contraria no sólo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino también al pleno control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa, ver la siguiente sentencia: STS de 19 de septiembre de 1997 (Aranzadi 1997/6429).

Sobre la compatibilidad de la autotutela administrativa con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, ver la siguiente sentencia: STC 238/1992, de 17 de diciembre (Aranzadi 1992/238).

Tribunal Supremo. Expropiación forzosa para la instalación de una estación depuradora. Impugnabilidad del proyecto y acuerdo de necesidad de ocupación en el recurso formulado contra el precio de expropiación fijado por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de Valladolid desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Salamanca sobre la fijación de justiprecio de una parcela expropiada para la ejecución de obras de una estación depuradora de aguas residuales en el municipio de Guijuelo.

Entre sus alegaciones, el recurrente en instancia cuestionaba la necesidad de la ocupación de parte de su finca. Acerca de la procedencia de impugnar el acuerdo de necesidad de ocupación en el momento de la impugnación del justiprecio, el Tribunal Superior de Justicia de Valladolid indicó que:

“[...] es sabido que hoy en día se admite, pese a lo que pudiera deducirse de la regulación de la Ley de expropiación forzosa, que el control jurisdiccional del acuerdo sobre la necesidad de ocupación es susceptible de producirse por cualquier motivo, según, entre otras, las sentencias de 6 de junio (Aranzadi 1984/3555) y de 28 de noviembre de 1984 (Aranzadi 1984/5968), pero en todo caso es evidente que se trata de impugnar el acuerdo de la necesidad de ocupación o el proyecto de la obra cuando se produce la información pública relativa al mismo, pero no siendo procedente hacerlo en el momento de la impugnación del justiprecio, aunque por otro lado y sólo a efectos contradictorios se puede indicar que tampoco existe prueba alguna respecto a que existiera otra ubicación de la obra más conveniente.”

Contra dicha resolución, el recurrente interpuso un recurso de casación, recurso que fue estimado parcialmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurso de casación se basaba en dos motivos. En primer lugar, se alegaba la ilegalidad del proyecto legitimador de la expropiación (la instalación de una estación depuradora), por cuanto la falta de un estudio de impacto ambiental de que adolecía suponía una vulneración de la normativa estatal y comunitaria. Como segundo motivo, se invocaban aspectos de carácter procesal, alegándose falta de resolución acerca de la práctica de la prueba pericial solicitada.

En relación con el primer motivo de casación, el recurrente consideraba que los preceptos invocados como infringidos (Real decreto legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental, y la Directiva 85/337/CE del Consejo de la Comunidad Europea, así como el Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el real decreto legislativo mencionado, que exigen el sometimiento de ciertos proyectos a un estudio de impacto ambiental) habían sido inaplicados en la sentencia de instancia cuando debieron serlo. De haber sido así, según el recurrente, se debería haber anulado el expediente expropiatorio. Al respecto, el Tribunal Supremo se desmarcó de lo resuelto en la resolución impugnada, indicando que:

“Lo cierto es que el Tribunal *a quo* ha omitido el examen de tal cuestión, ya planteada oportunamente en la demanda, aduciendo erróneamente (fundamento jurídico primero, párrafo primero de la sentencia recurrida) que no es momento procesal oportuno para cuestionar el expediente expropiatorio por razones afectantes a la necesidad de ocupación, la impugnación en sede jurisdiccional del justiprecio, a pesar de que la doctrina jurisprudencial es la contraria a esa tesis, como se deduce de nuestras sentencias [...] en las que hemos declarado que ‘el propietario de los bienes expropiados está legitimado para aducir,

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación número 3655/1998

FECHA: 27 de julio de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDADO: Jurado Provincial de Expropiación Forzosa

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Letra d) de la disposición adicional del Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental; artículos 4 y 15 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre; artículos 2, 4, 5 y 10 del anexo II, epígrafe 11.d), de la Directiva del Consejo 85/337/CEE; artículo 126.3 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa (LEF)

DOCTRINA: Expropiación forzosa para la instalación de una estación depuradora. Impugnabilidad del proyecto y acuerdo de necesidad de ocupación en el recurso formulado contra el precio de expropiación fijado por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa (FJ 2, 3 y 5)

como motivo determinante de la anulación de los acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, la nulidad del procedimiento expropiatorio por defecto de causa, ya que la nulidad de éste acarrea la de todos los actos subsiguientes realizados a su amparo y, en concreto, la de los referidos acuerdos sobre el justiprecio, como se deduce del artículo 126.3 de la Ley de expropiación forzosa.” (FJ 2)

Sin embargo, en cuanto a la ubicación del proyecto, el Tribunal estuvo de acuerdo con la sentencia recurrida en que “no existe prueba alguna respecto a que existiera otra ubicación de la obra más conveniente”. Al respecto, el Tribunal entendió que se trataba de una “[...] declaración de hechos probados que nosotros debemos aceptar en casación, al no haber sido adecuadamente combatida por el único medio posible de impugnar tal declaración fáctica por infringir preceptos o jurisprudencia relativos a la valoración de la prueba o por resultar ilógica o arbitraria [...]”. (FJ 2)

De modo que, según el Tribunal, “El planteamiento del motivo de casación que analizamos se ciñe, pues, exclusivamente a decidir si, al faltar en el proyecto legitimador de la expropiación el estudio de impacto ambiental, se han conculcado los preceptos invocados, lo que, de ser cierto, comportaría la anulación del expediente expropiatorio por estar viciada con un defecto sustancial la declaración de necesidad de ocupación”. (FJ 3)

Entrando a analizar la posible vulneración de los preceptos invocados, el Tribunal consideró que no se había producido, al no encajar el proyecto objeto de controversia en ninguno de los supuestos previstos por dichos preceptos.

Lo anterior dio lugar a que el Tribunal desestimara el primer motivo de casación.

En cuanto al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio “[...] por no haberse resuelto por la sala sentenciadora acerca de la proposición de dos pruebas periciales”, el Tribunal declaró que:

“[...] el Tribunal *a quo* respondió con el argumento de que, si bien no accedía a decidir sobre la admisión o no de la prueba pericial, en su momento haría uso de la facultad de acordarla para mejor proveer, lo que no hizo, sin que ello fuese obstáculo a que afirmase en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida que la substanciación del proceso estaba huérfana de pruebas que demuestren el error de la resolución del Jurado”. (FJ 5)

Por ello el Tribunal admitió el segundo motivo de casación por quebrantamiento de forma, “[...] mandando la reposición de las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido la falta”. (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal estimó parcialmente el recurso de casación, ordenando la reposición de las actuaciones al momento de resolver acerca de las pruebas periciales propuestas.

Tribunal Supremo. Indemnización de los daños causados por el distinto uso dado a terrenos expropiados inicialmente para uso deportivo. Procedencia de la reversión a pesar de haberse procedido a la modificación del planeamiento general entre la valoración de la expropiación y la ejecución. Procedencia de la indemnización ante la imposibilidad de reversión *in natura*

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento Pleno de San Fernando (Cádiz), en sesión celebrada el día 31 de julio de 1980, acordó declarar la utilidad pública del proyecto de construcción de un complejo atlético deportivo, al mismo tiempo que declaró la necesidad de ocupación a tal fin de la finca denominada Manchón de la Viña, en dicha localidad. Posteriormente, se procedió a la expropiación de los mencionados terrenos, señalando el Ayuntamiento expropiante en su hoja de aprecio que el terreno expropiado se destinaba exclusivamente a uso deportivo. El Jurado Provincial de Expropiación, al entender que no había posibilidad de construir viviendas ni construcciones hoteleras o comerciales en el entorno del recinto deportivo, fijó como justiprecio del suelo expropiado el de 145 pesetas por metro cuadrado.

Sin embargo, sobre los terrenos expropiados se construyeron, además del estadio deportivo, un sistema general de comunicaciones y espacios libres (viales), una subcentral eléctrica, un viario interior y un aparcamiento de superficie, con una superficie aproximada de 40.600 m², que se integró en un ámbito de 211.224 m². Ello sirvió para la elaboración y aprobación de un estudio de detalle, en el que se concedió por el Ayuntamiento de San Fernando una licencia de obra mayor para construir, además de la indicada zona deportiva, una zona comercial recreativa, otra residencial y un estacionamiento en superficie y subterráneo.

Los propietarios expropiados solicitaron al Ayuntamiento de dicho municipio la indemnización de los daños y los perjuicios ocasionados por el distinto destino dado por el consistorio municipal a los terrenos expropiados, por lo que la entidad local había tenido aprovechamientos lucrativos no tenidos en cuenta en el momento en que se fijó el justiprecio de los mismos.

El Ayuntamiento desestimó dicha petición, tras lo cual los mencionados propietarios interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, que desestimó el recurso.

Dicha resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que estimó parcialmente el recurso, al considerar que la imposibilidad una reversión *in natura* de los bienes expropiados determinaba el derecho de los actores al abono de una

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Admitiendo el control jurisdiccional del acuerdo sobre la necesidad de ocupación por cualquier motivo, ver las siguientes sentencias: STS de 6 de junio (Aranzadi 1984/3555), y STS de 28 de noviembre de 1984 (Aranzadi 1984/5968).

Admitiendo la legitimidad del propietario para alegar como motivo para la anulación de los acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa la nulidad del procedimiento expropiatorio por defecto de causa, ver las siguientes sentencias: STS de 18 de marzo de 1993 (Aranzadi 1993/3756); STS de 15 de noviembre de 1996 (Aranzadi 1996/7945) (Recurso de apelación 10548/1991); STS de 21 de junio de 1997 (Aranzadi 1997/6273); STS de 25 de noviembre de 1997 (Aranzadi 1997/9417) (Recurso de apelación 1455/1992, FJ 1); STS de 24 de enero de 1998 (Aranzadi 1998/1134) (Recurso de casación 5297/1993, FJ 1); STS de 27 de enero de 2001 (Aranzadi 2001/1362) (Recurso de casación 4007/1996, FJ 9), y STS de 24 de febrero de 2001 (Recurso de casación 4818/1996, FJ 5).

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación número 3845/1998

FECHA: 21 de septiembre de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Ernesto Peces Morate

DEMANDADO: Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz)

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 15 y 56 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa (LEF); artículo 225 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana (LS); artículos 63 y 66.1 y 2 del Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de expropiación forzosa (RLEF)

DOCTRINA: Indemnización de los daños causados por el distinto uso dado a terrenos expropiados inicialmente para uso deportivo. Procedencia de la reversión a pesar de haberse procedido a la modificación del planeamiento general entre la valoración de la expropiación y la ejecución. Procedencia de la indemnización ante la imposibilidad de reversión *in natura* (FJ 5, 7 y 8)

indemnización con arreglo al valor urbanístico que hubieren tenido los terrenos, con deducción del importe abonado por justiprecio de los mismos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal admitió algunos de los motivos de casación invocados. Uno de ellos era el referente a la vulneración del artículo 15 de la LEF, que consideró vulnerado por el tribunal de instancia al entender que:

"[...] este precepto no permite dar a los terrenos expropiados un fin distinto al que legitimó la expropiación sino que se limita a autorizar, previo acuerdo del Consejo de Ministros, la ocupación de aquellos bienes indispensables para previsibles ampliaciones de la obra o finalidad de que se trate, de manera que, en contra del parecer de la sala de instancia, dicho precepto no constituye una justificación para destinar el suelo expropiado a otro fin que no sea el que determinó la expropiación [...]" (FJ 3)

Por su parte, el Tribunal consideró que la sala de instancia también había conculcado, por inaplicación, lo establecido en el artículo 225 de la LS, "[...] ya que, en el caso enjuiciado, como admite el propio ayuntamiento demandado y ahora recurrido en el acuerdo impugnado, no hubo modificación ni revisión alguna del planeamiento urbanístico, presupuesto necesario para aplicarse lo dispuesto tanto en el artículo 75.1.a) de la Ley 8/1990, de 25 de julio, como en el artículo 225.2.a) del indicado Texto refundido de la Ley del suelo de 1992 [...]" (FJ 4), estimando por ello lo aducido en el sexto motivo de casación.

El Tribunal también consideró que se había producido una vulneración de los artículos 54 de la LEF, 63 y 66.1 de la RLEF y jurisprudencia de aplicación de la misma "[...] al denegar [la sala de instancia] la indemnización reclamada por resultar imposible la reversión de los terrenos expropiados, no destinados exclusivamente a la construcción de instalaciones deportivas, que fue el único fin que legitimó su expropiación". (FJ 5)

Al respecto, el Tribunal entendió que la sala de instancia no había tenido en consideración que lo aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de San Fernando en los acuerdos de 1991 y 1992 distaba de la "modesta finalidad" inicial contemplada por el acuerdo del mismo de julio 1980, cuando "[...] declaró de utilidad pública el Proyecto de Construcción de un Complejo Atlético Deportivo y la necesidad de ocupación para este fin de la finca propiedad de los demandantes [...] acerca de la no-utilización del suelo expropiado ni su entorno para usos residenciales o comerciales sino exclusivamente para uso deportivo, lo que llevó al Jurado a fijar el justiprecio del terreno expropiado con arreglo a su valor inicial, corregido al alza en atención al valor contenido en el índice municipal del suelo". (FJ 7)

El Tribunal, por tanto, admitió que los bienes no se destinaron al fin específico para el que fueron expropiados, "[...] a pesar de no haberse producido modificación ni revisión alguna del planeamiento urbanístico general del municipio", en contra de lo establecido por el artículo 225 de la LS.

En relación con la diferencia entre el uso inicial y el definitivo, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Si los terrenos destinados a un mero uso deportivo han servido para construir un complejo integrado también, según el propio estudio de detalle aprobado por el Pleno Municipal, por zonas de usos comercial, de espectáculos, recreativo, residencial y de aparcamiento, resulta evidente y manifiesta la inveracidad de las afirmaciones y proclamas municipales de no resultar posible la construcción destinada a dichos usos en su entorno, consiguiendo así adquirir un terreno por expropiación mediante el pago de su valor inicial [...]"

Por ello, consideró que había que dar la razón a los recurrentes y, por tanto, declarar la vulneración de los artículos 54 de la LEF, 63.c) y 66.1 de su reglamento, y la doctrina jurisprudencial al respecto "[...] para que proceda la reversión del terreno expropiado por desafectación tácita [...]", por entender que "[...] el exclusivo destino a uso deportivo se ha alterado al utilizarse dicho suelo para la implantación de otros usos, cual son los comerciales, residenciales, de espectáculos, recreativo y aparcamiento, alterándose con ello *sustancialmente* las condiciones y los fines de la expropiación con la consiguiente repercusión en la compensación económica derivada de ella". (FJ 7)

El Tribunal basó la interpretación hecha de los artículos expues-

tos en lo establecido por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación que, si bien no era de aplicación al caso, servía para "explicar y justificar el criterio interpretativo" seguido. La mencionada norma, establecía lo siguiente:

"[...] procederá la reversión de los terrenos expropiados para la formación o ampliación del patrimonio municipal del suelo si, como consecuencia de una modificación del planeamiento que no se efectúe en el marco de la revisión de éste, se alteran los usos, las intensidades o los aprovechamientos y ello supusiera un incremento del valor de los mismos." (FJ 8)

Como recordó el Tribunal, la misma norma citada consideraba que el mencionado precepto "[...] trata de evitar la expoliación que supone para el expropiado justipreciar el terreno por un valor inferior al que constituye el destino de los bienes objeto de expropiación". (FJ 8)

Por su parte, la mencionada norma establece asimismo que "[...] en caso de desafectación del fin que justificó la expropiación y de afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social, el primitivo dueño o sus causahabientes pueden alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho de reversión, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiese ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previsto". (FJ 8)

Por lo anterior, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"La nueva orientación legislativa en materia de reversión subyace en la interpretación de los preceptos aplicados en esta nuestra sentencia para llegar a la conclusión de que los propietarios expropiados o sus causahabientes deben, en este caso, ser indemnizados por el Ayuntamiento demandado como consecuencia de la desafectación tácita del suelo expropiado en su día, al resultar imposible la reversión *in natura* de dicho suelo, cuya indemnización debe venir representada por el justiprecio actualizado descontado el que ya recibieron.

Sentado lo anterior, el Tribunal valoró la cantidad que debía ser abonada a los propietarios expropiados y sus causahabientes, indicando que ésta "[...] vendrá determinada por el valor urbanístico del suelo expropiado (40.247 m²) al momento en que aquéllos pidieron al Ayuntamiento la indemnización correspondiente, el día 22 de septiembre de 1992, calculado con arreglo al valor de repercusión del suelo en dicha fecha mediante en empleo del método residual, partiendo del valor de mercado del metro cuadrado construido para viviendas y locales en el municipio de San Fernando (Cádiz) en las zonas del entorno o más próximas al denominado Complejo Bahía Sur, y teniendo en cuenta el aprovechamiento, en que ambas partes están conformes, de 0,3 m²/m²; sin cesión alguna de aprovechamiento por tratarse de suelo urbano [...] deduciendo costes de urbanización y otros terrenos de cesión obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 83.3 del Texto refundido de la Ley del suelo [...]"

"Del valor así obtenido se deducirá el justiprecio pagado en su día a los propietarios expropiados [...] y la cantidad resultante se incrementará con el interés legal del dinero desde el día 22 de septiembre de 1992, en que se formuló la reclamación a dicho Ayuntamiento, hasta su completo pago [...]" (FJ 8)

A la vista de lo expuesto, el Tribunal acordó la estimación parcial del recurso (motivos primero, segundo, quinto y sexto), anulando el acto y las resoluciones recurridas, y declarando el deber del Ayuntamiento de indemnizar a los demandantes.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los criterios de determinación del justiprecio, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de enero (Aranzadi 1997/3233), de 19 de abril y de 31 de mayo de 1997 (Aranzadi 1997/4418); STS de 14 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/2204), de 14 de marzo (Aranzadi 1998/5621), de 30 de junio (Aranzadi 1998/3248), de 10

(Aranzadi 1998/9526) y de 28 de noviembre de 1998 (Aranzadi 1998/10358); STS de 13 (Aranzadi 1999/3015) y de 20 de febrero de 1999 (Aranzadi 1999/3016), de 13 (Aranzadi 1999/3038) y de 29 de marzo de 1999 (Aranzadi 1999/3241), de 29 de mayo (Aranzadi 1999/7259), de 12 (Aranzadi 1999/7481) y de 26 de junio de 1999 (Aranzadi 1999/7638), de 17 (Aranzadi 1999/7481) y de 24 de julio de 1999 (Aranzadi 1999/7482), de 30 de octubre (Aranzadi

1999/9567) y de 27 de diciembre de 1999 (Aranzadi 1999/10072); STS de 5 de febrero (Aranzadi 2000/2171), 18 de marzo (Aranzadi 2000/3077) y 13 de noviembre de 2000 (Aranzadi 2001/142), 27 de octubre (Aranzadi 2002/462) y de 31 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2002/782), y STS de 9 de febrero (Aranzadi 2002/1957), de 18 de mayo y de 17 de julio de 2002.

Tribunal Supremo. Sufrago de los intereses de demora por la Administración de la que depende el Jurado Provincial de Expropiación, cuando éste resuelve con retraso acerca de la determinación del justiprecio

SUPUESTO DE HECHO

Una entidad de espectáculos interpuso un recurso contencioso-administrativo contra un acuerdo del Consejo de Ministros por el que se desestimaba la reclamación de 21.776.850 pesetas, en que se cuantificaban los intereses de demora imputables al Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Barcelona por demora en la fijación del justiprecio de unos bienes y unos derechos expropiados.

El recurrente solicitaba la anulación de dicho acuerdo, que consideraba contrario a derecho, y que fuera declarada la cantidad de 10.546.713 pesetas en concepto de intereses derivados de demora, imputables al Jurado Provincial de Expropiación de Barcelona en la determinación del justiprecio, en los expedientes tramitados con el número 48/1992 y 49/1992. Éste entendía que dichos intereses debían correr a cargo del Consejo de Ministros por ser la Administración de la que dependía el mencionado Jurado.

El Tribunal Supremo estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal entró en primer lugar a analizar la alegación de inadmisión formulada por el abogado del Estado, fundada en la existencia de cosa juzgada. El Tribunal negó la existencia de tal causa de inadmisión, indicando que “[la jurisdicción] expresó la genérica condena al pago de intereses, mas sin precisar, lo que constituye el objeto de este recurso, quién era la persona obligada al abono de los mismos en el supuesto concreto de demora en el pronunciamiento del Jurado al fijar el justiprecio”. (FJ 2)

En lo que respecta al fondo del asunto, el Tribunal se remitió a otra sentencia de la misma sala (STS de 23 de febrero de 2002), a cuyo contenido había que atenerse por tratarse del mismo supuesto.

En dicha sentencia el Tribunal puntualizó que no se debía confundir —como había hecho la Administración demandada— la fijación del plazo de devengo de los intereses de demora en la tramitación del justiprecio con la obligación de pagar los intereses.

En cuanto a la obligación de pagar los intereses, el Tribunal indicó que:

“[la obligación de pagar] se ha de imputar al causante de la demora, de modo que, cuando lo es el Jurado, el abono de los intereses legales del justiprecio corre a cargo de éste según lo establecido por el citado artículo 121.1 de la Ley de expropiación forzosa.” (FJ 3)

En el mismo sentido, el Tribunal declaró más adelante que:

“[...] el pago de los intereses de demora en la tramitación del justiprecio no debe recaer sobre la Administración expropiante ni sobre el beneficiario, que no sean responsables del retraso, pues el artículo 56 de la Ley de expropiación forzosa sólo impone a la Administración expropiante el deber de pagar los intereses de demora en la determinación del justiprecio cuando es la culpable, mientras que el artículo 72.1 del reglamento de dicha

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo número 77/1998

FECHA: 23 de septiembre de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 21.1, 52.8 y 121.1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa (LEF)

DOCTRINA: Sufrago de los intereses de demora por la Administración de la que depende el Jurado Provincial de Expropiación, cuando éste resuelve con retraso acerca de la determinación del justiprecio (FJ 2 y 3)

ley, recogiendo el principio general de la responsabilidad por culpa, establece que la responsabilidad por demora en la determinación del justiprecio se imputará al causante de la misma.” (FJ 3)

En cuanto al deber de fijar el justiprecio, el Tribunal indicó que:

“Aunque en el procedimiento de urgencia el bien o derecho puede ser ocupado con anterioridad a la tramitación del expediente de justiprecio, [...] ello no excusa al Jurado de su deber de fijar el justiprecio dentro de los plazos al efecto establecidos, y que, en este caso —el resuelto por la sentencia que se cita—, no ha respetado, al haber tardado en resolver quinientos once días cuando el plazo máximo que tenía para decidir es el de quince días.” (FJ 3)

Acerca del plazo para resolver, el Tribunal recordó que, si bien la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social modificó el artículo 34 de la Ley de expropiación forzosa, suprimiendo los plazos en que el Jurado tenía que decidir ejecutoriamente sobre el justiprecio (ocho o quince días), dicho precepto no era todavía de aplicación en el momento en que fue remitido el expediente al Jurado Provincial de Expropiación. De modo que:

“Una vez que entró en vigor la Ley 14/2000, de 29 de noviembre, y a falta de otra norma que señale un plazo especial para que el Jurado resuelva sobre el justiprecio de los bienes y derechos expropiados, habrá que tener en cuenta, a fin de aplicar la referida doctrina jurisprudencial, el plazo que, con carácter general, establece el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, redactado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, sin perjuicio de la suspensión del transcurso de dicho plazo conforme a lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del propio artículo 42 de esta ley.”

Por último, en cuanto a los intereses, el Tribunal indicó que había que aplicar un tipo del 10% (fijado en la Ley de presupuestos).

A la vista de lo anterior, el Tribunal consideró que había que estimar el recurso.

Audiencia Nacional. Sometimiento a evaluación de impacto ambiental del plan director de un aeropuerto

SUPUESTO DE HECHO

El Ministerio de Fomento emitió una resolución por la que se aprobó el Plan Director del Aeropuerto de Madrid-Barajas. Contra dicha resolución, una asociación contra el ruido interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, planteándose en análogos términos a otros dos recursos conocidos por la misma sala.

El recurrente alegaba que no se había seguido el procedimiento previsto para la emisión del plan director por cuanto “[...] vulnera el Real decreto legislativo 1302/1986, así como las directivas no traspuestas pero vigentes en nuestro derecho interno y en que, finalmente, son de aplicación los artículos 6, apartados 3 y 4, así como el artículo 8, último párrafo, del Real decreto 2591/1998, sobre aeropuertos de interés general y las disposiciones de la Ley del suelo que tratan de la aprobación inicial de los planes especiales, de la información pública de los mismos y de su aprobación final.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, la Audiencia entró a analizar el marco jurídico regulador de la evaluación de impacto ambiental, con el fin de vislumbrar si, como alegaba el recurrente, se producía una vulneración de dicha normativa. En primer lugar se centró en la noción de proyecto contenida en las normas invocadas por el recurrente.

Como indicó la Audiencia, la Directiva 85/377/CEE (y, en similares términos el Real decreto legislativo 1302/1986) define como proyecto “La realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras,— otras intervenciones en el medio natural o los paisajes, incluidos los destinados a la explotación de los recursos del suelo”. Sobre la base de dicha definición, la Audiencia concluyó que “El concepto de proyecto, a diferencia del de plan o programa, aparece unido a trabajos de construcción, obra, o instalación, es decir, a la idea de ejecución o realización”. (FJ 5)

Dicho lo anterior, la Audiencia añadió que “El proyecto habrá de conectarse con el requisito de la autorización, como exige la normativa comunitaria” (FJ 5), pasando a continuación a recordar la definición que de *autorización* hace la directiva: “La decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto, ‘siendo el maestro de obras, en lenguaje comunitario’, bien el que solicita una autorización relativa a un proyecto privado, bien la autoridad pública que toma iniciativas respecto de un proyecto”. Según la Audiencia, lo indicado “[...] confirma, sin lugar a dudas, que el concepto jurídico de proyecto va unido a ejecución o realización de una obra”. (FJ 5)

A continuación, y con el fin de demostrar la vinculación de la evaluación de impacto ambiental con relación al proyecto, la Audiencia hizo referencia a la jurisprudencia del TJCE, que había indicado que “[...] la autorización debe contener, de manera suficiente, precisa y definitiva, todos los datos pertinentes para la evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente”. (FJ 5)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En el mismo sentido, ver la sentencia de la misma sala de 23 de febrero de 2002 (Aranzadi 2002/2985) (Recurso 161/1998).

ÓRGANO: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección octava.

Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo número 1293/2000

FECHA: 30 de septiembre de 2002

PONENTE: Ilma. Sra. Nieves Buisán García

DEMANDANTE: Asociación contra el ruido

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental; Directiva 85/377/CEE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; artículo 6, apartados 3 y 4 y artículo 8, último párrafo, del Real decreto 2591/1998, sobre aeropuertos de interés general y la Ley del suelo

DOCTRINA: Sometimiento a evaluación de impacto ambiental del plan director de un aeropuerto (FJ 5, 6 y 7)

Centrándose ya en el contenido del Plan Director del Aeropuerto Madrid-Barajas, la Audiencia negó que éste tuviera carácter de proyecto de acuerdo con las definiciones vistas, indicando que “[el plan director] define [...] las grandes directrices de ordenación y desarrollo del aeropuerto, delimitando la zona de servicio, pero en modo alguno supone un proyecto a ejecutar directamente, ni una autorización al maestro de obras (término comunitario) para la realización de obras o instalaciones”. (FJ 6)

Por lo indicado, la Audiencia entendió que éste no vulneraba la normativa europea ni el derecho interno reguladores de la evaluación del impacto ambiental, pues, al no tratarse de un proyecto, no tenía que someterse a la exigencia de evaluación del impacto ambiental.

En relación con lo establecido por la Directiva 85/377/CEE acerca de la evaluación de impacto ambiental, la Audiencia indicó lo siguiente: “La STC 13/1998, de 22 de enero (RTC 1998/13), considera que la Directiva 85/377/CEE establece ‘con carácter de instrumento único y generalizado para todo los estados miembros, la denominada *evaluación de impacto ambiental* como técnica de protección ambiental de carácter anticipado o preventivo (si bien no alcanza el escalón superior de la planificación y programación, propio de la llamada *evaluación estratégica*) dirigido a introducir la variable ambiental en la ejecución de proyectos tanto de obras y actividades públicas como de obras y actividades promovidas por los particulares’.

Precisamente esta omisión (la no-exigencia de lo que la STC denomina *evaluación estratégica*), de indudable repercusión en planes de esta naturaleza, como señalan los demandantes, está siendo tratada actualmente en el ámbito europeo [...]”¹ (FJ 6)

1. La Directiva 2001/42, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (DOCE de 21 de julio de 2001), comúnmente conocida como *Directiva de evaluación*

ambiental estratégica, establece que “[...] serán objeto de evaluación ambiental todos los planes y programas que se elaboren respecto a (entre otros) el transporte y la ordenación del territorio.

Por su parte, la Audiencia entendió que tampoco existía vulneración de la legislación urbanística aplicable, en concreto la Ley del suelo, por cuanto en “[...] el procedimiento para la aprobación del planeamiento que nos ocupa, relativo a los espacios aeroportuarios de interés general [...]”, establecido en la Ley del suelo, “[...] no es preceptivo el trámite de información pública, cuya omisión determine la anulación de la orden impugnada [...]”. (FJ 7)

La Audiencia destacó el hecho de que el plan director no era más que una fase en un proceso, teniéndose que proceder a los trámites pertinentes (información pública) en el momento oportuno, indicando lo siguiente:

“[...] el plan director se ha de complementar, como se ha señalado anteriormente, con la aprobación de un plan especial o instrumento equivalente que, aunque se formula por el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, de acuerdo con las previsiones contenidas en el plan director, ‘se tramitará y aprobará por la Administración Urbanística competente’. [...]”

“En conclusión, el plan director se inserta en un proceso, inacabado aún, de planificación, desarrollo del planeamiento

director y construcción, en cuyo proceso deben insertarse las actuaciones correspondientes, incluido el trámite de información pública.” (FJ 7)

A la vista de lo anterior, la Audiencia Nacional desestimó el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la conexión de la evaluación del impacto ambiental con relación al proyecto, ver las siguientes sentencias: STJCE de 6 de septiembre de 1999 (Asunto 435/1997); STJCE de 22 de octubre de 1998 (TJCE 1998/246) (Asunto 301/1995), y STCJCE de 24 de octubre de 1996 (TJCE 1996/188) (Asunto 72/1995).

Reconociendo la evaluación del impacto ambiental como técnica de protección ambiental de carácter anticipado o preventivo dirigido a introducir la variable ambiental en la ejecución de proyectos tanto de obras y actividades públicas como de obras y actividades promovidas por los particulares, ver la siguiente sentencia: STC 13/1998, de 22 de enero (Aranzadi 1998/13).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Vulneración de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar por contaminación acústica continuada y persistente

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Girona, en el procedimiento iniciado para la protección de los derechos fundamentales de la persona, dictó una sentencia por la que estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Ayuntamiento de Palamós por vulnerar la inactividad administrativa, consistente en no reaccionar para corregir las molestias provocadas por ruidos derivados de las operaciones de carga y descarga de un supermercado sito en un polígono industrial de dicho municipio, y los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 y 18 de la CE.

En la mencionada resolución se ordenaba a la corporación municipal la adopción de las medidas procedentes a fin de hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales, y en particular la prohibición de efectuar actividades de carga y descarga en el horario de 20 a 8 horas, de acuerdo con lo prescrito en una ordenanza municipal, reconociendo asimismo el derecho de la recurrente a ser indemnizada por los daños y los perjuicios morales que se determinen en la ejecución de la sentencia.

El Ayuntamiento de Palamós y la entidad privada causante de los ruidos interpusieron un recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso que fue desestimado, con expresa imposición de costas a las partes apelantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal se pronunció en primer lugar acerca de la admisibilidad de la inactividad administrativa como objeto de un procedimiento de protección de derechos fundamentales. Al respecto, refiriéndose al objeto de dicho procedimiento, el Tribunal indicó que:

“Es objeto del proceso contencioso-administrativo de amparo tutelar al ciudadano de la vulneración por las autoridades públicas administrativas del contenido constitucional de los derechos y las libertades fundamentales, pudiendo el juez extenderse al examen de cuestiones de legalidad que afecten al orden público de las libertades, según se advierte de la lectura del artículo 121 de la referida Ley jurisdiccional, que establece que ‘la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto administrativo incurrieran en cualquier infracción

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación número 88/2002
RESOLUCIÓN: 857/2002

FECHA: 18 de julio de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

DEMANDADO: Ayuntamiento de Palamós

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 15 y 18 de la CE

DOCTRINA: Vulneración de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar por contaminación acústica continuada y persistente (FJ 2 y 4)

del ordenamiento jurídico, incluso a la desviación de poder y como consecuencia de la misma el derecho de las susceptibles de amparo.” (FJ 2)

A la vista de lo anterior, el Tribunal consideró que “De conformidad con estos parámetros de enjuiciamiento procede declarar que el procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona [...] es idóneo, como refiere la sentencia de instancia, para enjuiciar la inactividad municipal consistente en no adoptar las medidas necesarias para que cesen las molestias y los perjuicios irrogados a los habitantes de esa residencia, derivados del ruido provocado por el funcionamiento de un almacén, al afectar al derecho a la integridad física y a la tutela de la vida privada que se desarrolla en un domicilio”. (FJ 2)

A continuación, el Tribunal entró a analizar si la exposición a una contaminación acústica continuada y persistente suponía una vulneración de los derechos contenidos en los artículos 15 y 18 de la CE.

En relación con el derecho protegido por el artículo 15 de la CE, esto es, el derecho de todos a la integridad física y moral, el Tribunal recordó que ya en otras ocasiones se había pronuncia-

do acerca de la vulneración de tal derecho cuando una persona se halla sometida a ciertos niveles de contaminación acústica. Al respecto, el Tribunal indicó que:

“Este Tribunal Superior de Justicia ha advertido que se produce lesión efectiva del derecho a la integridad física y moral cuando una persona se encuentra sometida a niveles de contaminación acústica con carácter continuado y persistente que rebasen un determinado umbral o estándar, de modo que se pone en peligro grave e inmediato la salud.” (FJ 4)

En cuanto al artículo 18 de la CE, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, el Tribunal se refirió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que “[...] configura una noción amplia del ámbito de protección del derecho al domicilio”. Como indicó el Tribunal, el TEDH considera que:

“[...] el derecho al domicilio, garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, protege contra atentados graves al medio ambiente que puedan afectar al bienestar de una persona y privarle de gozar de su domicilio, menoscabando su vida privada y familiar, sin que sea necesario poner en grave peligro la salud de los afectados.” (FJ 4)

“El parámetro preciso para enjuiciar las injerencias de las autoridades públicas administrativas en el ámbito del derecho al respeto a la vida privada lo proporciona de forma precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al estimar, en este caso, la lesión del artículo 8 del Convenio cuando la emanación de gases tóxicos y olores persistentes y la contaminación producidos por una instalación que carece de licencia municipal de actividades, provoca lesiones físicas y psíquicas a los moradores próximos.” (FJ 4)

Basándose en dicha interpretación, el Tribunal recordó que:

“[...] este Tribunal [...] ha establecido la doctrina de que la Administración debe preservar el domicilio privado de injerencias indebidas que lesionen el principio de inviolabilidad que garantiza el artículo 18 de la Constitución y está obligada a adoptar las medidas necesarias, razonables y adecuadas, para proteger el derecho a la vida privada que se produce en el interior de un domicilio mediante la emisión de órdenes de interdicción contra aquellas contaminaciones medioambientales que

afecten gravemente al bienestar físico y psíquico de las personas y lesionen su derecho a la calidad de vida.”

Sentada, pues, la existencia de una vulneración de los mencionados preceptos constitucionales, el Tribunal estimó que la orden del juzgado contencioso-administrativo de instancia (que había requerido al Ayuntamiento de Palamós a adoptar las medidas procedentes para que cesara la vulneración de los derechos fundamentales, y particularmente, de prohibir efectuar operaciones de carga y descarga en horario nocturno de 20 a 8 horas, de acuerdo con una ordenanza municipal, y había reconocido asimismo el derecho de la recurrente a ser indemnizada por los daños y los perjuicios morales que se determinen en la ejecución de la sentencia) era “[...] proporcionada para restablecer el orden constitucional conculcado por la inactividad administrativa, delimitando en cuanto el trasiego de vehículos y la realización de operaciones de carga y descarga originan un nivel de contaminación acústica que produce un grave peligro a la salud de los moradores de la referida vivienda, constituyendo un ruido insoportable que menoscaba el derecho a la vida privada y familiar en un domicilio”.

Por lo anterior, entre otros motivos, el Tribunal acordó desestimar los recursos de apelación interpuestos, con imposición de costas a las partes apelantes.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Reconociendo que el artículo 15 de la CE garantiza el derecho de todos a la integridad física y moral, frente a actuaciones que consistan en una exposición continuada a unos niveles intensos de ruido que pongan en grave peligro la salud de las personas, ver la siguiente sentencia: STC 119/2001, de 24 de mayo (Aranzadi 2001/119).

Reconociendo que el derecho al domicilio protege contra atentados graves al medio ambiente que puedan afectar al bienestar de una persona y privarle de gozar de su domicilio, menoscabando su vida privada y familiar, ver la siguiente sentencia: STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3), resolviendo el caso López Ostra contra España.

En la línea de la doctrina sentada por el TEDH, ver la siguiente sentencia: STSJ de Cataluña 384/1998, de 6 de abril.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Improcedencia de la autorización de demolición por pendencia de resolución de la petición de suspensión en vía administrativa

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Granada ordenó al titular de una vivienda la demolición de la misma. Pasado un tiempo, la Comisión de Gobierno de dicho Ayuntamiento acordó la ejecución subsidiaria, solicitando a tal efecto la autorización de entrada al domicilio al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Granada. El juzgado emitió un auto por el que se autorizaba la entrada para la ejecución de la demolición. Contra dicho auto el titular del inmueble interpuso un recurso de apelación. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso, revocando el auto impugnado. El recurrente había invocado la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la orden de demolición, así como la solicitud de la suspensión de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El núcleo de la cuestión se centraba, por tanto, en determinar la ejecutividad del acto impugnado.

Para ello, el Tribunal arrancó su argumentación refiriéndose a la autotutela administrativa, indicando que esta facultad de la Administración de ejecutar sus propios actos puede ser exceptuada por la ley, imponiéndose la intervención de los tribuna-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación número 200/2002

FECHA: 2 de septiembre de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Rafael Toledano Cantero

DEMANDADO: Ayuntamiento de Granada

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 95 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y artículo 8.5 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ)

DOCTRINA: Improcedencia de la autorización de demolición por pendencia de resolución de la petición de suspensión en vía administrativa (FJ 1 y 2)

les a la hora de ejecutar los actos administrativos en determinados supuestos.

Al respecto, citó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Acerca de la intervención de los tribunales, éste declaró en una ocasión que:

“A) La resolución del órgano de la jurisdicción ordinaria no es otra cosa que un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones integrantes del expediente en el que es exigible esa actuación jurisdiccional, puesto que acepta la doctrina que toda ejecución supone la realización de un derecho previamente declarado en un acto [...]” (FJ 1)

El Tribunal destacó la importancia de la función del juez, indicando que:

“B) [...] como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE), no debe [la función del juez] en modo alguno, reducirse a la de un simple automatismo formal que dejase desprovista aquella función garantizadora de todo análisis valorativo tanto sobre el acto administrativo de cobertura, como sobre el mismo procedimiento de ejecución forzosa que exige la entrada domiciliaria, así como acerca de la eventual afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas derivadas de la ejecutoriedad del acto administrativo [...]” (FJ 1)

Sentado lo anterior, el Tribunal se centró en determinar la ejecutoriedad del acto administrativo impugnado. En este sentido, consideró debidamente acreditada la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la orden de demolición, así como la presentación de escrito de solicitud de la medida suspensión judicial como medida cautelar. Ello le llevó a considerar que “[...] estando solicitada la suspensión jurisdiccional como medida cautelar, y no alegándose por el Ayuntamiento de Granada, ni estando acreditado que se haya denegado dicha medida cautelar, no consta la ejecutividad del acto administrativo de cuya ejecución se trata con la autorización de entrada en domicilio, por lo que falta un requisito esencial para el otorgamiento de la misma”. (FJ 2)

El Tribunal consideró que había que llegar a dicha conclusión a pesar de que “[...] tales circunstancias sólo se dieran a conocer en el escrito de interposición del recurso de apelación interpuesto por el señor M., y por tanto con posterioridad al auto apelado [...]”.

Según el Tribunal, el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva exigía considerar extremos expuestos, indicando que:

“[...] dada la peculiar estructura del procedimiento de autorización judicial, que no requiere de la audiencia e intervención del interesado afectado, deben valorarse en esta fase de apelación todas cuantas circunstancias nuevas puedan aportarse por el mismo [...] siempre y cuando sean relevantes para la decisión como es el caso [...]” (FJ 2)

Por lo anterior el Tribunal dispuso lo siguiente:

“[...] acreditado que existía la pendencia de un pronunciamiento jurisdiccional acerca de las medidas cautelares solicitadas, lo cual podría implicar la pérdida de ejecutividad del acto administrativo, aquella autorización judicial debe quedar sin efecto en tanto no se restablezca la plena ejecutividad del acto administrativo, extremo que no se ha acreditado por la parte apelada [...]” (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal entendió que el recurso de apelación debía ser estimado, revocando el auto apelado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la posibilidad de los órganos judiciales de conocer de la ejecutividad de los actos, ver las siguientes sentencias: STC 137/1985 (Aranzadi 1986/137), y STC 76/1992 (Aranzadi 1992/76).

Sobre un supuesto similar, aplicando el artículo 87.2 de la LOTC, ver la siguiente sentencia: STC 199/1998, de 13 de octubre.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Nulidad de un convenio interadministrativo suscrito entre dos ayuntamientos por el que se acuerda la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en uno de los municipios por una empresa mixta, con capital mayoritario del ayuntamiento del otro municipio

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Torrent y el de Xirivella firmaron un convenio interadministrativo por el que se regulaba la cooperación para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Xirivella, y otro encaminado a la prestación indirecta de ese servicio público por una sociedad anónima.

Una compañía de aguas (A) interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dichos convenios, invocando ciertos aspectos de carácter formal (falta de un informe del secretario e inexistencia de un procedimiento legalmente establecido para la realización de una actividad que comporta la libre iniciativa económica en relación con la ampliación del objeto social de la empresa mixta participada por el Ayuntamiento de Torrent) y de carácter material (la vulneración del artículo 155.2 de la LCAP).

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó el recurso, ordenando la anulación de los convenios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal se pronunció en primer lugar sobre los fundamentos formales, analizando las consecuencias de la falta de un dictamen preceptivo.

El recurrente alegaba la vulneración del artículo 54.1.b) del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, de 18 de abril de 1986, por la falta del menciona-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación número 3655/1998

RESOLUCIÓN: 1234/2002

FECHA: 3 de julio de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Fernando Nieto Martín

DEMANDANTE: Compañía de aguas

CODEMANDADOS: Ayuntamiento de Torrent y Ayuntamiento de Xirivella

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 54.1.b) del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 18 abril 1986, y artículo 155.2 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, de 18 de mayo de 1995 (LCAP)

DOCTRINA: Nulidad de un convenio interadministrativo suscrito entre dos ayuntamientos por el que se acuerda la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en uno de los municipios por una empresa mixta, con capital mayoritario del ayuntamiento del otro municipio (FJ 3 y 4)

do dictamen. Dicho precepto dispone que “Será necesario informe previo del secretario [...]. b) Siempre que se trate de asuntos sobre materias para los que se exija una mayoría formal”. El recurrente consideraba necesaria la existencia del dictamen por cuanto el artículo 47.3.f) de la Ley de bases del régimen local exige la mayoría absoluta del número legal de los miembros de la corporación para la “aprobación de forma concreta de gestión del servicio correspondiente”, y el convenio establece el cauce formal para la prestación del servicio público.

El Tribunal admitió la existencia de la vulneración alegada, si bien entendió que no constituía causa de anulabilidad del convenio, por considerar que el dictamen aludido podía ser substituido por un informe técnico “preciso y exhaustivo”, como el que efectivamente existía. Según el Tribunal, gracias a dicho informe “[...] los miembros electos del Ayuntamiento de Xirivella que tomaron la decisión de acceder/no acceder a la aprobación de un convenio interadministrativo [...] tuvieron a su disposición los datos jurídicos pertinentes que les permitían modular el sentido de su votación y condicionar ésta a la adecuación existente entre acto administrativo propuesto y derecho objetivo aplicable”. (FJ 3)

En consecuencia, “[...] ninguna pérdida de derechos se generó a los concejales del municipio y de forma alguna se dañaron las garantías de seguridad jurídica en pos de las que actúa la dicción normativa que opone A”. (FJ 3)

El Tribunal destacó el hecho de que fuera una tercera entidad mercantil “ajena al sentido de tutela pública al que se encamina la previsión normativa” quien había efectuado dicha alegación y no los propios concejales. Además, el Tribunal consideró que dicha empresa no iba a quedar beneficiada por una declaración de invalidez formal y retroacción del expediente administrativo. Por ello, en virtud del principio de economía procesal, consideró que no era procedente declarar la invalidez del acto por ese motivo.

A continuación, el Tribunal se centró en el fondo del asunto, esto es, en la adecuación a derecho del apartado del convenio en el que se establecía la gestión indirecta del servicio público de aguas del Ayuntamiento de Xirivella por el cauce de una empresa mixta, en el que el Ayuntamiento de Torrent disponía de la mayoría en sus participaciones sociales.

El recurrente consideraba que dicha previsión era contraria a lo previsto por el artículo 155.2 de la LCAP, que establece lo siguiente:

“No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a tal fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma.”

El Tribunal acogió la interpretación gramatical que del mismo hizo el recurrente, quien consideraba que “[...] la única interpretación legítima es la de asumir que las exigencias jurídicas vigentes en esta norma legal en lo que hace al cauce formal de elección del prestatario del servicio pueden sólo excluirse cuando éste es una entidad de derecho público o privado adscrita a la propia Administración titular de ese servicio público”. Más adelante indicaba que “Este es el supuesto típico de fraude de ley, en que, al amparo de una norma dictada con distinta finalidad, se elude el cumplimiento de una norma imperativa o prohibitiva”. (FJ 4)

El Tribunal llegó a dicha conclusión basándose en los siguientes razonamientos:

En primer lugar, apeló a lo que consideraba un supuesto objetivo determinante, a saber, la “[...] notoria disimilitud objetiva existente entre la prestación directa de un servicio público por medio

de una ‘sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración’ (artículo 155.2 de la LCAP) dentro del mismo ámbito geográfico al que alcanzan las potestades de esa Administración y el de prestación directa del mismo fuera de ese espacio territorial”. (FJ 5)

Como indicó el Tribunal, “No hay aquí, entonces, una gestión directa del servicio público por parte de la Administración local titular del mismo sino una gestión indirecta de éste por un tercero. Y es que [...] el Ayuntamiento de Xirivella no ha optado [...] un convenio interadministrativo con el Ayuntamiento de Torrent, por ese cauce formal de gestión del servicio al hacerlo a través de una persona interpuesta con la que carece de relación inmediata alguna”. (FJ 5)

Por tanto, según el Tribunal:

“Para lo que interesa en esta litis, [la compañía de aguas B], es igual de tercero que cualquier otra persona jurídica de derecho privado al no mediar vinculación alguna entre esta persona jurídica y el Ayuntamiento de Xirivella.” (FJ 5)

Según el Tribunal, era irrelevante que entre ambos municipios se hubiera hecho uso de un convenio interadministrativo, indicando que éste era “[...] incapaz de desvirtuar el hecho de que el prestatario del servicio es un tercero ajeno a la vida social del Ayuntamiento de Xirivella y en el que esta Administración local no tiene dosis participativa alguna”. (FJ 5)

Sentado lo anterior, el Tribunal destacó la necesidad de interpretar el precepto invocado de forma estricta, “al introducir una restricción para la aplicabilidad de los principios de competencia y publicidad” (FJ 5). De modo que, si bien la norma usaba de modo genérico el vocablo *la Administración* al afirmar que “[...] en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración”, siguiendo un criterio sistemático había que entender que:

“[...] resulta que sólo cuando sea la propia Administración beneficiaria del servicio la que domine la nueva persona jurídica constituida al efecto podrá afirmarse que la gestión del servicio público corresponde a la propia Administración titular del mismo que es aquella enunciada en el artículo 155.2 de la LCAP.” (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal se refirió al alcance de la autoorganización de las administraciones públicas, indicando que “[...] una cosa es la potestad de autoorganización de las administraciones públicas [...] y otra es el respeto de las exigencias ordinamentales de libre concurrencia y publicidad que fija la normativa de contratación de derecho público”. Así, “Desde el primer parámetro, los ayuntamientos [...] pueden convenir un cierto ámbito regulativo como es la ayuda para la prestación de un servicio pero esta potestad de autoorganización ha de coexistir con el resto del ordenamiento jurídico con el objeto de constatar si, efectivamente, la misma no vulnera normas imperativas”.

Al respecto, en el caso concreto el Tribunal indicó que “[...] pretenden excluir la aplicabilidad de una normativa forzosa —y de carácter básico— para la contratación pública”.

Por todo lo expuesto el Tribunal concluyó lo siguiente:

“[...] si bien el convenio interadministrativo [...] no queda sometido, en sí mismo, a las normas de contratación pública que recoge la Ley de 18 mayo 1995 [...] sucede que ésta, al infringir el derecho aplicable, contiene un régimen regulativo del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Xirivella que supone una exclusión ilícita de la normativa legal aplicable en materia de contratación pública: libre concurrencia a la prestación del servicio si no se opta por la prestación directa del mismo a través del propio ente público sea por sí mismo o por medio de la constitución de una persona pública o privada interpuesta.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal consideró que procedía estimar el recurso contencioso-administrativo, ordenando la nulidad de las resoluciones impugnadas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre constitución de una sociedad mixta con participación mayoritaria del municipio en el capital

social para la gestión integral del agua en un municipio, ver la siguiente sentencia: STJS de Murcia 760/2002, de 31 de julio.

Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Indefensión por falta absoluta de pronunciamiento sobre los medios de prueba

SUPUESTO DE HECHO

El Director General de Tráfico, en su resolución de fecha 28 de diciembre de 2001, acordó imponer a Antonio María L. M. una sanción por infracción de tráfico. El sancionado interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, por procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Pamplona desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente. Contra dicha resolución la parte actora interpuso un recurso de apelación, solicitando la revocación de la sentencia apelada, por considerar que la falta de todo pronunciamiento sobre los medios de prueba constituía una vulneración de su derecho de defensa. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra estimó el recurso, con alzamiento de las costas impuestas en primera instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal se centró en el análisis de la ausencia de pronunciamiento sobre los medios de prueba propuestos por la parte actora. En concreto, estudió si dicha omisión constituía una vulneración del derecho de defensa (artículo 24 de la CE) o si ésta incidía únicamente en el ámbito de la legalidad ordinaria.

Antes de entrar en su análisis, el Tribunal recordó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la aplicación al procedimiento administrativo sancionador de los principios que rigen el procedimiento penal (artículo 24 de la CE), entre los que se halla el derecho de defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “[...] los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la CE en materia de procedimiento, han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”. (FJ 3)

Sin embargo, como matizó el Tribunal, “[...] no cabe una aplicación mimética de los principios y garantías que rigen en el procedimiento penal, ya que éste tiene principios y postulados propios”. (FJ 4) Aun así, siguió el Tribunal, “[...] no cabe en absoluto desconocer los principios esenciales de este procedimiento, entre los que, sin duda, se encuentra por dicción literal del reiterado precepto constitucional, el ‘derecho a utilizar los medios de prueba pertinente’, cuya negación por la Administración acarrea la privación del derecho de defensa del denunciado”. (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal aclaró que no toda “[...] omisión de resolución motivada denegatoria de la prueba propuesta (lo que equivale a una denegación tácita de la prueba ya que no se practica y se sigue con el procedimiento) [...] determina *per se* y en abstracto la vulneración del artículo 24 de la CE [...]”. Según el Tribunal, es necesario “[...] que tal omisión haya causado efectiva indefensión material en el caso concreto que se resuelve conforme al criterio de conectar tal consideración con los distintos medios de prueba efectivamente propuestos y su adecuación teleológicamente coherente y lógica al fin exculpatorio en definitiva pretendido conforme a los hechos discrepantes,

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de Apelación número 102/2002. Procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona

RESOLUCIÓN: 737/2002

FECHA: 26 de julio de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Merino Zalba

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE

DOCTRINA: Indefensión por falta absoluta de pronunciamiento sobre los medios de prueba (FJ 3 y 4)

razonadamente expuestos y relevantes, *prima facie*, para el supuesto concreto que se ventila [...]”. (FJ 4)

Acerca de la necesidad de seguir el procedimiento estipulado para la imposición de sanciones, el Tribunal citó una sentencia del Tribunal Supremo en la que éste indicaba que “[...] no cabe imponer sanciones sin observar procedimiento alguno, siendo exigencia constitucional que el acuerdo se adopte a través de un proceso en el cual el inculcado tenga oportunidad de proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga”. (FJ 3)

La aplicación de la doctrina expuesta llevó al Tribunal a la conclusión de que el silencio de la Administración ante la prueba propuesta por el recurrente suponía una vulneración de su derecho de defensa y no una mera vulneración de la legalidad ordinaria, “[...] al habersele privado sin razonamiento ni pronunciamiento alguno al respecto de la utilización de los medios probatorios propuestos [...]”, concluyendo el Tribunal que, “[...] la Administración debió efectuar [...] una valoración de la necesidad de la práctica de dicha prueba” (FJ 4)

El Tribunal valoró distintos parámetros para llegar a dicha conclusión. Al respecto, el Tribunal hizo hincapié en las consecuencias de la falta de pronunciamiento sobre los medios de prueba propuestos (imposición de una sanción), destacando la relevancia de la prueba para la acreditación de los hechos alegados por el recurrente. El Tribunal se manifestó como sigue:

“La falta absoluta de todo pronunciamiento sobre los medios de prueba propuestos, ha supuesto en este caso concreto la imposición de una sanción prescindiendo del procedimiento establecido para el ejercicio por la Administración de la potestad sancionadora en la materia que nos ocupa con evidente y palmaria indefensión vulneradora de derecho fundamental.” Como recordó el Tribunal, según la normativa aplicable, el instructor sólo puede rechazar las pruebas propuestas por los interesados “mediante resolución motivada [...], cuando sean improcedentes” (FJ 4)

Insistiendo en la relevancia de la prueba para la acreditación de los hechos alegados, indicó lo siguiente:

"[...] no sólo se ha privado inmotivadamente por el órgano instructor de la prueba propuesta (lo que podría incidir en materia de legalidad ordinaria), sino que, además, a tenor de las alegaciones efectuadas, la prueba *ab initio* debe considerarse relevante para la debida acreditación de los hechos alegados por el denunciante, posible acreditación de las circunstancias de posible peligro existentes con relevancia para la graduación de la sanción, existencia de otros vehículos... [...] Y es que en el presente caso el denunciado no se limita a negar apodícticamente los hechos sino que discrepa aportando nuevos datos (existencia de otros vehículos, negación razonada de inexistencia de peligros...) que no fueron inicialmente constatados por el denunciante y que el denunciado pretendió probar en debida forma pero que la actuación administrativa le privó." (FJ 4)

"[...] es claro que pretendía el recurrente demostrar los nuevos datos a los que alude en su escrito (existencia de otros vehículos, datos que determine riesgo para los usuarios) lo que sin duda es importante, entre otras cosas, a la hora de graduar la sanción conforme al artículo 69 de la Ley de tráfico que obliga a tener en cuenta, junto a otros criterios, el peligro potencial creado, extremo que la omisiva actitud administrativa impidió acreditar; aquí lo que importa es que se ha impedido al interesado hacer uso de medios de defensa que eran adecuados, proporcionados y, posiblemente *prima facie*, relevantes para la calificación y graduación de la sanción." (FJ 4)

Hay que decir, que el Tribunal admitió que no todas las pruebas eran relevantes, si bien reconoció que algunos extremos eran de gran relevancia para determinar las "[...] circunstancias

específicas que concurrieron en la infracción para su calificación y/o graduación de la sanción". Es el caso del "informe del agente", cuya ausencia "[...] impide constatar si la calificación (en atención a las circunstancias alegadas que podían concurrir en la vía) y/o la graduación de la sanción impuesta ha sido la correcta, habiéndose, por lo tanto impedido la práctica de una prueba relevante, *prima facie*, para la debida acreditación de la relevancia de la conducta infractora". (FJ 4)

Por lo expuesto el Tribunal acordó estimar el recurso, ordenando el alzamiento de las costas impuestas en primera instancia.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la aplicación al procedimiento administrativo de los principios que rigen el procedimiento penal, ver las siguientes sentencias: STC de 21 de enero de 1987 (Aranzadi 1987/2); STC 18/1981, de 8 de junio; STC 197/1995, de 21 de diciembre (Aranzadi 1995/197); STC 29/1989, de 6 de febrero (Aranzadi 1989/29); STC22/1990, de 15 de febrero (Aranzadi 1990/22) y STC 246/1991, de 19 de diciembre (Aranzadi 1991/246). En concreto, sobre los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria, ver las siguientes sentencias: STC 73/1985, de 14 de junio (Aranzadi 1985/73); STC 74/1985, de 18 de junio (Aranzadi 1985/74), y STC 297/1993, de 18 de octubre (Aranzadi 1993/297).

Sobre la necesidad de práctica de prueba, ver la siguiente sentencia: STS de 20 de enero de 1995 (Aranzadi 1995/433).

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Naturaleza jurídica de las relaciones o los catálogos de puestos de trabajo

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Albacete inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un funcionario de la Diputación Provincial de Albacete contra una resolución de la misma. El recurrente pretendía el reconocimiento de diversos pluses o conceptos integrantes de un complemento específico con abono de las consiguientes diferencias retributivas con efectos desde los cinco años anteriores a las peticiones o los escritos deducidos ante esa corporación, frente a la desestimación presunta de dichas peticiones. Como causa de inadmisibilidad el Tribunal adujo que el recurso se había interpuesto frente a un acto consentido y firme, y ello al amparo del artículo 28 de la LJ, por estimar que la acción administrativa pretendía combatir una serie de actuaciones correspondientes a los años 1995 y siguientes, sin que existiera constancia de que el actor hubiese promovido recurso alguno frente tales acuerdos.

Contra dicha resolución, el demandante interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que revocó la sentencia apelada y reconoció el derecho del actor al cobro de los conceptos reclamados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó en primer lugar la procedencia de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, advirtiendo de antemano el rechazo del mismo a excepciones o causas de inadmisibilidad semejantes a la del caso enjuiciado en anteriores ocasiones, siguiendo una doctrina jurisprudencial mantenida durante muchos años.

Como indicó el Tribunal, "El problema residía [...] en la peculiar naturaleza de las relaciones o catálogos de puestos de trabajo". (FJ 2)

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación número 48/2002

RESOLUCIÓN: 86/2002

FECHA: 20 de septiembre de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Vicente Manuel Rouco Rodríguez

DEMANDADO: Diputación Provincial de Albacete

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE; artículos 28, 39.2 y 4 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ)

DOCTRINA: Naturaleza jurídica de las relaciones o los catálogos de puestos de trabajo (FJ 2 y 3)

El Tribunal recordó que desde que surgió dicha figura "[...] se discutió si se trataba de actos con destinatario plural o de normas y finalmente, la jurisprudencia, al menos con el propósito de posibilitar el acceso a la jurisdicción y de favorecer la tutela judicial efectiva, acogió la tesis de asimilar dichos instrumentos a las disposiciones de carácter general, con la obvia consecuencia de que no sólo era posible el recurso directo frente a las mismas sino también el recurso o impugnación indirecta". (FJ 2)

Dicho lo anterior, y en relación con la naturaleza que debe atribuirse a dichos instrumentos, el Tribunal hizo referencia a la doctrina jurisprudencial propugnadora de una "[...] interpreta-

ción restrictiva de las causas de inadmisión y favorecedora del derecho de acceso a la jurisdicción” (artículo 24 de la CE), a cuyo tenor el mismo “[...] viene considerando el catálogo de puestos de trabajo a efectos de complemento específico como un acto administrativo peculiar que participa en cierto modo, según ha admitido la jurisprudencia, de las características de las disposiciones de carácter general y, además, supone una tarea valorativa y clasificatoria de los puestos de trabajo de las corporaciones locales efectuada de conformidad con el Real decreto 861/1986 [...]” (FJ 3)

Siguiendo con lo anterior, el Tribunal se refirió a lo indicado al respecto con carácter general por el Tribunal Supremo (confirmado en varias ocasiones por el TSJ de Castilla-La Mancha), del que citó numerosas sentencias. Refiriéndose al Catálogo, el Tribunal Supremo ha manifestado que:

“[...] es de tener en cuenta su contenido y vocación de permanencia, conjugando ambos factores, de forma que cuando el Catálogo regula el régimen jurídico, organizativo, económico, etc., de los puestos de trabajo, y ese régimen se establece con vocación de permanencia, se considera que es una disposición general.” (FJ 3)

Dicha doctrina fue confirmada por el Tribunal Supremo en un caso en el que intervino la Diputación Provincial de Albacete. En esa ocasión, el Tribunal Supremo indicó lo siguiente:

“[...] el Catálogo de Puestos de Trabajo [...] tiene características de disposición general combatible al amparo del artículo 39.2 y 4, de la Ley reguladora de esta jurisdicción en su versión aplicable, según ha recogido una reiterada doctrina de esta sala [...] precisamente referidas [las sentencias] a complementos pretendidos por funcionarios.” (FJ 3)

El Tribunal declaró haber reconocido siempre la vigencia de dicha doctrina, si bien admitió haber dudado, en materia de competencia, acerca de si había que atribuírsela a los juzgados de lo contencioso-administrativo “[...] por entender que podía tratarse de actos con destinatario plural que versan sobre una cuestión de personal”. Sin embargo, las posibles dudas fueron despejadas por el propio Tribunal Supremo, al declarar “[...] que también incluso a efectos de determinación de la competencia de los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa tras la ley de 1998, ha proclamado de manera explícita la naturaleza de tales relaciones de puestos de trabajo como disposiciones de carácter general con la consecuencia de atribuir la competencia para el conocimiento de los recursos directos frente a las mismas a los órganos de la jurisdicción que resulten competentes de acuerdo con dicho carácter”. (FJ 3)

Por último, el Tribunal entró a valorar la procedencia de inadmitir el recurso por entender que concurría una causa de inadmisibilidad por haberse impugnado un acto firme y consentido, al no haberse interpuesto en tiempo recurso contra la relación de puestos de trabajo, como hizo el juzgado de instancia. El Tribunal consideró que dicha interpretación era contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado

por el artículo 24.1 de la CE. El Tribunal lo entendió así en atención a una extensa jurisprudencia que declara que “[...] no son constitucionalmente admisibles obstáculos al enjuiciamiento del fondo del asunto que sean fruto de un innecesario y excesivo formalismo o que no aparezcan como justificados o proporcionados respecto de las finalidades para las que se establecen”. (FJ 3)

Por ello el Tribunal consideró que “[...] el carácter de acto ‘firme y consentido’, predicado por la sentencia impugnada, de la relación de puestos de trabajo, en este caso concreto, y al margen de la calificación que a la sala le merezca su naturaleza jurídica, resulta contrario al artículo 24.1 de la CE.” (FJ 3)

Por lo expuesto, el Tribunal entendió que había que revocar la sentencia apelada y proceder al examen íntegro de las demás cuestiones objeto del recurso. Como resultado de dicho examen el Tribunal acordó estimar parcialmente las peticiones del recurrente.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En un sentido similar, ver la siguiente sentencia: STSJ Castilla-La Mancha, de 20 de mayo de 1997 (Autos 369/1995).

Admitiendo que cuando el Catálogo regula el régimen jurídico, organizativo, económico, etc., de los puestos de trabajo, y ese régimen se establece con vocación de permanencia, se considera que es una disposición general, ver las siguientes sentencias: STS de 21 diciembre de 1987 (Aranzadi 1987/9594); STS de 10 de mayo de 1988 (Aranzadi 1988 4146; STS de 20 julio 1990 (Aranzadi 1990/6141); STS de 22 enero de 1991 (Aranzadi 1991/3172); STS de 5 de febrero de 1991 (Aranzadi 1991/3173), entre otras.

Atribuyendo al Catálogo el carácter de disposición general, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de noviembre de 1993 (Aranzadi 1993/8735); STS de 20 de abril de 1994 (Aranzadi 1994/2962); STS de 19 de noviembre de 1994 (Aranzadi 1994/10658); STS de 13 de mayo de 1996 (Aranzadi 1996/4583); STS de 18 de febrero de 1997 (Aranzadi 1997/1491); STS de 7 de marzo de 2000 (Aranzadi 2000/3168), (las dos últimas en un supuesto referido a complementos pretendidos por funcionarios); STS de 5 de diciembre de 2000 (Aranzadi 2000/9927), (sobre un caso en el que intervino la Diputación Provincial de Albacete). De la misma sala: STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2000 (Recurso de apelación 8 de 2000), 9 de febrero de 1998 (Autos 715/1995), 12 de febrero de 1997 (Autos 627/1995), 14 de mayo de 1996 (Autos 1317/1994).

Proclamando la naturaleza de los catálogos como disposiciones de carácter general, incluso a efectos de determinación de la competencia de los órganos judiciales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ver las siguientes sentencias del Tribunal Supremo 3.ª Sección 1.ª: STS de 1 de octubre de 2001 (Aranzadi 2001/7817); STS de 12 (Aranzadi 2001/2154), 19 (Aranzadi 2001/3104) y 26 de febrero (Aranzadi 2001/3128), 7 (Aranzadi 2001/2215), 13 (Aranzadi 2001/3487) y 20 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/3505).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Instrucción sobre la imagen corporativa de una policía. No vulnera el artículo 14 de la CE pese a diferenciar entre la imagen de hombres y mujeres por ser estas diferencias de carácter objetivo y no discriminatorio. Potestad de autoorganización de la Administración

SUPUESTO DE HECHO

La Dirección General de Seguridad Ciudadana del Departamento de Gobernación de la Generalitat de Cataluña dictó una instrucción sobre imagen corporativa de la policía de dicha comunidad autónoma. Contra la mencionada instrucción, un sindicato de policía de esa comunidad autónoma interpuso un recurso contencioso-administrativo, solicitando la nulidad de la instrucción por considerar que la misma infringía el artículo 14 de la CE "[...] en cuanto que establece distinciones en relación a la imagen de los agentes, según sean hombres o mujeres". También se invocaba la nulidad de la misma por entenderse que recogía determinaciones no previstas en la Ley 10/1994, de 11 de noviembre, de policía de la Generalitat de Cataluña, ni en el Decreto 184/1995, de 13 de junio, sobre uniformes reglamentarios, identificación y otros aspectos de dicho cuerpo policial. Por último, se alegaba la incurrancia de la instrucción en arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE) alegándose que "[...] la instrucción contiene mandatos de carácter indeterminado, sujetos a interpretaciones diversas".

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal precedió el análisis de las alegaciones invocadas de la siguiente advertencia: "[...] habremos de solventar la presente litis, no sin señalar, con carácter preliminar, la potestad de autoorganización que asiste a la Administración en la materia (régimen de la función pública y organización de sus servicios), si bien sometida, obvio es, a los límites del ordenamiento jurídico en general y en particular." (FJ 2)

Dicho lo anterior, el Tribunal analizó la posible vulneración del artículo 14 de la CE. Los recurrentes citaron dos instrucciones que, a su modo de ver, constituían una infracción de dicho precepto, a saber: "[...] [la] prohibición a los Agentes masculinos de llevar el cabello ocultando las orejas o por debajo del cuello, no permitiéndoles portar cola, lo que se permite a las mujeres, y obligación a los agentes masculinos, en servicios no uniformados, de llevar pantalones largos, de lo que se exceptúa al personal femenino."

Sin embargo, el Tribunal consideró que ello no constituía un trato discriminatorio y, por tanto, no se producía la vulneración del mencionado precepto. Al respecto, el Tribunal indicó que "El hecho de que usos sociales o patrones sociales en cuanto a la indumentaria o el cabello (algunos aspectos) tengan su reflejo en la instrucción combatida no autoriza a tildar tal diferencia de discriminatoria, sino que refleja la realidad social, unido a la imagen esmerada que lógicamente se persigue para este cuerpo policial". (FJ 3)

A ello, el Tribunal añadió que "Las diferencias aquí contempladas tienen pues carácter objetivo o razonable, cual pide la jurisprudencia al efecto, dados los hábitos sociales en la materia y por ende no tienen carácter discriminatorio para los agentes masculinos. No es preciso insistir más en ello, dada la jurisprudencia sobre la infracción de tal precepto constitucional [...]". (FJ 3)

Por último, el Tribunal concluyó que "[...] se trata de pequeñas diferencias entre agentes de ambos sexos, no relevantes y fundamentadas en la prudente imagen lo más neutral, homogénea y discreta posible que recoge el citado preámbulo de la instrucción. Además, se reitera, se basan o se reflejan hábitos sociales enraizados en la comunidad en la que se insertan estos funcionarios policiales". (FJ 3)

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo número 349/1998

RESOLUCIÓN: 722/2002

FECHA: 18 de septiembre de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. José Ramón Giménez Cabezón

DEMANDANTE: Sindicato de policía

DEMANDADO: Departamento de Gobernación de la Generalitat de Cataluña

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3 y 14 de la CE; Ley 10/1994, de 11 de noviembre, de policía de la Generalitat de Cataluña; Decreto 184/1995, de 13 de junio, sobre uniformes reglamentarios, identificación y otros aspectos de dicho cuerpo policial

DOCTRINA: Instrucción sobre la imagen corporativa de una policía. No vulnera el artículo 14 de la CE pese a diferenciar entre la imagen de hombres y mujeres por ser estas diferencias de carácter objetivo y no discriminatorio. Potestad de autoorganización de la Administración (FJ 2, 3, 4 y 5)

En cuanto a la posible infracción de las normas autonómicas invocadas, el Tribunal aclaró que "Obvio es que todo lo relativo a la imagen corporativa de la policía autonómica no puede contenerse en tales disposiciones superiores; de ahí que se dicte la instrucción anterior, que contiene mandatos o directrices propias de una ley o de un reglamento ejecutivo". (FJ 4)

En relación con las concretas medidas que los recurrentes consideraban infractoras de los preceptos mencionados (uniformidad de las camisetas y prohibición del tinte de pelo y de los tatuajes), en línea general, el Tribunal insistió en que se trataba de "homogeneizar y procurar la razonable discreción en la materia". Acerca de los tatuajes, el Tribunal apeló a razones de seguridad personal de los agentes.

En último lugar, el Tribunal analizó la posible incurrancia en arbitrariedad de la instrucción por contener "[...] mandatos de carácter indeterminado que podrían ampliar supuestos de sanción indebidamente", y consideró que no se producía la misma por cuanto "[...] la finalidad de la instrucción es dar unas pautas de imagen y comportamiento, en algunos casos necesariamente generales, haciendo referencia a pautas de conducta media o estándar [...] que no pueden ser objeto de mayor concreción, como sería el caso de otras pautas, cual algunas de las ya señaladas anteriormente (camiseta blanca, etc.), sin que por ello puedan tacharse sin más de indeterminadas". (FJ 5)

Tras ello, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"En consecuencia con lo anterior, no puede deducirse por lo expuesto que la actuación administrativa impugnada adolezca de arbitrariedad en modo alguno, siendo así, además, que en la materia, en cuanto organizativa y corporativa, concurren potestades discrecionales de la Administración actuante, que no es dable desde luego controlar en su idoneidad por este Tribunal, aunque sí en su ajuste a la legalidad, cual venimos haciendo." (FJ 5)

Por los motivos expuestos, el Tribunal desestimó el recurso contencioso-administrativo.

D) Jurisdicción civil

Audiencia Provincial de Girona. Lesión del honor de un funcionario público por informaciones falsas facilitadas a la prensa

SUPUESTO DE HECHO

Jordi F. B., arquitecto municipal, interpuso una demanda contra una asociación del ramo de la construcción, don Marc M. P., don Jordi G. A., don Luis P. P., don Joan V. C. y la empresa H.C., S.A.

El Juzgado de Primera Instancia de Girona estimó parcialmente la demanda formulada contra don Marc M. P., don Jordi G. A., don Joan V. C. y la editora de un diario, declarando que la información publicada en éste durante dos días lesionaba el honor del señor J. F., condenando solidariamente a los mismos a indemnizar al demandante en la suma de 500.000 pesetas, y a la empresa editora del diario mencionado a publicar la sentencia con la misma relevancia tipográfica, de espacio y de ubicación que tuvo el artículo publicado uno de los dos días, y a publicar a su costa el encabezamiento y fallo de la sentencia en dos diarios regionales.

Tanto el demandante como los condenados interpusieron un recurso de apelación contra dicha resolución.

El demandante consideraba que Jordi P. P. no debería haber sido exculpado, por cuanto “[...] la representación gráfica del arquitecto municipal vestido de Papá Noël y haciendo un corte de mangas a los lectores significa su presentación como un sujeto malcarado y desairado que se burla de los ciudadanos, porque la caricatura no responde a un hecho veraz y contrastado”. Según el apelante, ello superaba los límites de la libertad de expresión, que “[...] viene impuesto porque el mensaje no sea insultante, insidioso, infamante o vejatorio para provocar el descrédito de la persona [...]”. Asimismo entendía que la reducción de la indemnización no era razonable, por ser las publicaciones en los que se publicó la información las de “[...] mayor impacto en la zona”.

Por su parte, Jordi G. A., Joan V. C. y H.C., S.A. basaban su recurso de apelación en la existencia de error en la valoración probatoria, por considerar que la noticia difundida por los mismos era “[...] veraz, de interés público y social”. Éstos entendían que se había producido error en la valoración de la prueba “ya que se condena al señor G. por no haber contrastado suficientemente la información, cuando de la prueba practicada resta probado que el señor P. actuaba en nombre de un colectivo, del que decía ser presidente”.

La Audiencia Provincial de Girona revocó el fallo recurrido acordando la absolución de Jordi G. A., Joan V. C. y H.C., S.A., y estimando parcialmente el recurso respecto a Marc M. P., a quien le impuso el deber de fijar una indemnización en la cantidad de 7.512,56 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Alegaciones de los demandados: cumplimiento del deber de veracidad de la información

En primer lugar, la Audiencia entró a examinar las pretensiones aducidas por Jordi G. A., Joan V. C. y H.C., S.A., recordando a tal efecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la libertad de expresión e información y el límite que ésta encuentra en el derecho al honor. Según dicha jurisprudencia, la posibilidad de difundir libremente la información “[...] exige que la noticia difundida sea veraz, a la par que si el redactor de la misma incluye valoraciones de los hechos o las opiniones en el texto, que éstas no superen lo que pueda considerarse una mera crítica y consistan en descalificativos injuriosos” (FJ 2). Asimismo, el Tribunal Cons-

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Girona. Sección Segunda. Jurisdicción civil. Recurso de apelación número 109/2002

RESOLUCIÓN: 490/2002

FECHA: 7 de octubre de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Juan Manuel Abril Campoy

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 18.1 y 20.1.a) y d) de la CE; artículo 9.3 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen

DOCTRINA: Lesión del honor de un funcionario público por informaciones falsas facilitadas a la prensa (FJ 2, 3, 4 y 5)

titucional ha manifestado que “[...] cuando lo que es traído al conocimiento de este Tribunal es la narración de unos hechos en relación con los cuales se formulan juicios personales sobre las conductas de quienes los protagonizan, los términos de nuestro examen deben tener en cuenta de consuno la información y las opiniones a las que aquélla sirve de soporte, comprobando, en el contexto del reportaje periodístico, que la primera es veraz y las segundas no contienen expresiones vejatorias”. (FJ 2)

A lo anterior había que añadir otro elemento: “[...] cuando la persona y la información gozan de relevancia pública se amplía el límite de tolerancia de la crítica, por lo que se admiten críticas que puedan molestar o disgustar [...]”. (FJ 2)

En cuanto al deber de veracidad de la información, la Audiencia destacó que lo que la Constitución exige es “[...] que el informador transmita como hechos lo que ha sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o la falsedad de lo comunicado, no desplegando la diligencia exigible en esa comprobación”, indicando que el ordenamiento “[...] ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su verdad objetiva sea controvertible [...]”. (FJ 2)

Dicho lo anterior, la Audiencia entró a analizar si efectivamente G. cumplió con el deber de veracidad. Para ello, valoró la prueba practicada, considerando probado que la existencia de “[...] documentos que acreditan la constitución de la asociación en el año 1995, así como las cartas que ésta dirigió al Ayuntamiento, en la persona de su alcalde, a la par que median comunicaciones del consistorio a la asociación y a su presidente, en la persona del señor M. P., y que se ha reconocido que la misma consta inscrita en el registro asociativo del municipio”. (FJ 3)

Por ello la Audiencia consideró que debía concluirse que:

“[...] el deber de veracidad en la información se cumplió por parte del periodista, y contrastó objetivamente los hechos que se difundían, sin que difundiera meros rumores o invenciones, y ello, aunque como la verdad objetiva sea controvertible”. En consecuencia, el Tribunal acordó que procedía “[...] la estimación del presente recurso de apelación y la desestimación de la demanda respecto del señor Jordi G. A., Joan V. C. y H.C., S.A.” (FJ 3)

Alegaciones de la parte actora: vulneración del derecho al honor

A continuación, la Audiencia pasó a analizar las alegaciones de la parte actora. En primer lugar, la Audiencia estudió la procedencia de absolver a Luis P. P. El juzgador de instancia lo había absuelto al entender que no se había producido una vulneración del derecho al honor del recurrente, pues “[...] caricaturiza un hecho veraz y contrastado, como es el envío de una panera al actor con alusiones a su carácter, sin que se le descalifique personalmente” (FJ 4). La Audiencia estuvo de acuerdo con dichos argumentos, al considerar que efectivamente habían quedado probados los hechos. De modo que, en palabras de la Audiencia:

“[...] acreditada la realidad de ese hecho, y que el arquitecto municipal, al ocupar el cargo de *cap* del Área de Urbanismo, reviste en su actuación un claro interés público, la caricatura del mismo que, con base en el envío real, que se recuerda en el ángulo de la caricatura, se le presenta vestido de Papá Noél y haciendo un corte de mangas, en representación del carácter que en la misiva dirigida se le atribuye, no puede constituir una intromisión ilegítima al honor [...]” (FJ 4)

Sin embargo, la Audiencia matizó que lo anterior era “[...] sin perjuicio de que sí lo sea, lo que no se discute en esta alzada, la imputación de hechos por el señor M. P. que lesionan la dignidad y la fama del actor”. (FJ 4)

Por tanto, según el Tribunal no se había vulnerado el derecho al honor.

Quantum indemnizatorio

Finalmente, el Tribunal valoró la procedencia de cifrar la indemnización en 500.000 pesetas, valorando a tal efecto lo establecido por el artículo 9.3 de la Ley orgánica 1/1982. Éste dispone que “La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya

obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”. (FJ 5)

Al respecto, la Audiencia declaró lo siguiente:

“[...] no resta acreditado en las actuaciones que el causante de la lesión haya obtenido ningún beneficio de resultados de la difusión de la información que atenta contra el honor del actor, en el sentido de menoscabar su fama o reputación profesional. En consecuencia, si se valora la ausencia de beneficio, en consonancia con la relevancia de los rotativos y su ámbito de influencia en la localidad en que se prestan los servicios, así como con las circunstancias del caso, consistentes en el descrédito en la reputación profesional del actor, esta sala entiende que la indemnización ha de ser aumentada. No obstante, de acuerdo con los parámetros antes citados parece desmesurada la cifra de cinco millones de pesetas, por lo que parece adecuado fijarla en la suma de 1.250.000 pesetas.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre el derecho a la libertad de expresión, ver la STSJ de Canarias número 811/2002, de 25 de septiembre.

Sobre la libertad de expresión e información y el límite que encuentra en el derecho al honor, ver las siguientes sentencias: STC de 11 de diciembre de 2000 (Aranzadi 2000/297); STC 143/1999, de 15 de julio (Aranzadi 1999/134) (FJ 3); STC 110/2000 (Aranzadi 2000/110) (FJ 6); STC 112/2000 (Aranzadi 2000/112) (FJ 6 y 7); STC 105/1990 (Aranzadi 1990/105); STC 171/1990, de 12 de noviembre (Aranzadi 1990/171); STC 172/1990, de 12 de noviembre (Aranzadi 1990/172); STC 223/1992, de 14 de diciembre (Aranzadi 1992/223); STC 4/1996, de 16 de enero (Aranzadi 1996/4); STC 47/1999, de 12 de abril (Aranzadi 1999/57); STC 85/1992, de 8 de junio (Aranzadi 1992/85) (FJ 4); STC de 6 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/320); STEDH de 7 de diciembre de 1976 (Aranzadi 1976/6), número 24 (Handyside c. Reino Unido), y STEDH de 8 de julio de 1986 (Aranzadi 1986/8), número 41 (Lingens c. Austria).

Audiencia Provincial de Asturias. Incompetencia de jurisdicción de los tribunales de orden civil por la existencia de actividad de una Administración

SUPUESTO DE HECHO

Una agrupación de agricultores y ganaderos efectuó ciertas obras de acondicionamiento de un camino público, con subvención de la Consejería de Agricultura del Principado de Asturias y la ayuda del Ayuntamiento de Parres (aportación de un trabajador y una pala excavadora del Ayuntamiento). Un particular consideró que dichas obras produjeron daños en su propiedad “[...] al haberse apropiado de parte de su terreno para la ampliación del camino”, por lo que éste promovió un juicio declarativo de menor cuantía frente a la mencionada agrupación.

El Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Onís desestimó la demanda, acogiendo a la excepción de prescripción.

Dicha resolución fue apelada ante la Audiencia Provincial de Asturias, que apreció de oficio la incompetencia de los tribunales del orden civil, revocando en consecuencia la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Audiencia consideró necesario examinar la excepción de incompetencia de jurisdicción aunque ninguna de las partes la hubiese invocado, por aparecer demandada una Administración municipal.

A tal efecto, la Audiencia tuvo en cuenta los siguientes factores:

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Asturias.
Sección Quinta. Jurisdicción Civil. Recurso de apelación número 320/2002
RESOLUCIÓN: 368/2002
FECHA: 16 de septiembre de 2002
PONENTE: Ilma. Sra. María José Pueyo Mateo
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 118 y 137 de la Ley de haciendas locales, de 28 de diciembre de 1998; artículos 9.6 y 9.4 de la LOPJ, y artículos 2.e) y 5 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)
DOCTRINA: Incompetencia de jurisdicción de los tribunales de orden civil por la existencia de actividad de una Administración (FJ 2)

“1.ª) que las obras que se denuncian tuvieron como finalidad el acondicionamiento de un camino público [...]; 2.ª) según oficio del Ayuntamiento de Parres, ‘éste colaboró en la obra con la aportación de una pala excavadora y un operario que la maneja’; 3.ª) el Ayuntamiento, en la contestación a la demanda, sos-

tuvo que las actuaciones del empleado municipal lo fueron bajo las órdenes de los vecinos; diversamente, aquéllos mantienen en su contestación que la obra fue realizada por el Ayuntamiento de Parres de conformidad con sus directrices [...]; 4.º) en el informe del arquitecto técnico del Ayuntamiento demandado, [...] se consigna 'en el núcleo rural de las Piqueras se ha efectuado pavimentación de camino de acceso al amparo de subvención de la Consejería de Agricultura, colaboración municipal mediante la aportación de camión hormigonera y operario que la maneja, y la ejecución material por los vecinos'; 5.º) [...] la certificación de la Consejería de Agricultura en la que se señala que la subvención fue de 1.266.870 pesetas y que el alcalde de Parres autorizó la ejecución de las obras [...] y se compromete a su conservación; 6.º) [...] el operario del Ayuntamiento de Parres que intervino en la obra municipal, manifestó que él utilizó una hormigonera del Ayuntamiento y que su misión consistió en echar hormigón con la máquina tal como le ordenó el señor alcalde, encargándose luego los vecinos de esparcirlo.' (FJ 2)

A la vista de dicho conjunto probatorio, la Audiencia consideró que se trataba de un supuesto de incompetencia de jurisdicción de los tribunales del orden civil, por existir actividad de una Administración (Ayuntamiento). La Audiencia llegó a dicha conclusión en atención a las siguientes consideraciones:

"[...] el arreglo de caminos, fuentes u otros elementos públicos por los vecinos es una milenaria tradición, configurada jurídicamente como prestación personal, en la misma categoría del servicio militar o de las emergencias civiles, y contemplada como un recurso de los pequeños municipios y entidades inframunicipales por la Ley de haciendas locales, de 28 de diciembre de 1998, en sus artículos 118 y 137. Mediante esta fórmula los vecinos suplen las carencias organizativas de los Ayuntamientos a la hora de abordar obras cuya ejecución correspondería inequívocamente a éstos, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley de bases de régimen local. De modo que, tratándose de un recurso jurídico-público sobre un bien de idéntica naturaleza y existiendo una actividad, aunque parcial, de la Administración demandada, se concluye estimando que es de aplicación lo preceptuado en los artículos 9.6 y 9.4 de la LOPJ y en los artículos 2.e) y 5 de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a los cuales la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es competencia exclusiva de aquel orden no pudiendo pronunciarse sobre la misma los tribunales del orden civil." (FJ 2)

Apreciada de oficio la incompetencia de su jurisdicción, la Audiencia revocó la resolución recurrida.

E) Jurisdicción penal

Audiencia Provincial de Cantabria. Adecuación a derecho de otorgamiento de una licencia de obra. Prevaricación urbanística. Falsificación de documento público. Fraude

SUPUESTO DE HECHO

El alcalde de Corvera de Toranzo (Cantabria) concedió una licencia de obras a Domingo P. R. para la "rehabilitación de un edificio" en el pueblo de Borleña, encontrándose éste en estado total de abandono. Domingo P. R. obtuvo de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cantabria una autorización de obras para "rehabilitar el edificio existente", con la obligación respetar que la distancia máxima de la vivienda al borde exterior de la calzada fuera de 25 metros.

Domingo P. R. demolió prácticamente la totalidad del edificio, excediendo con ello de lo autorizado. Por este motivo el mencionado alcalde insistió ante el propietario para que presentase el correspondiente proyecto y solicitud de licencia, y acordó la paralización de la obra, concediéndole dos meses para la presentación del proyecto.

Sin embargo, las obras no fueron paralizadas y, cuando estaban prácticamente finalizadas, Domingo P. R. presentó una solicitud de licencia de obra, así como un proyecto básico de ejecución de un hotel en el municipio de Borleña, que incluía la legalización de la estructura y la autorización de la demarcación de carreteras a que se ha hecho referencia. En la solicitud constaban las firmas del arquitecto de la obra y el aparejador y los sellos de visado del Colegio Oficial de Arquitectos de Cantabria, que hizo constar un sello profesional en el que se indicaba que, aunque el proyecto incurría en parte en infracciones establecidas en la Ley del suelo, cumplía con las condiciones técnicas exigibles. El proyecto venía acompañado de un informe urbanístico del Colegio de Arquitectos, donde se advertía lo siguiente:

"1.º) Inviade la distancia de protección a la CN-232 según la Ley de carreteras. 2.º) Excede la edificabilidad máxima permitida, e incumple la distancia mínima a colindantes según la Ordenanza UN-1. 3.º) Se incumplen las condiciones de buhardi-

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Cantabria.

Sección Primera. Jurisdicción penal. Procedimiento abreviado número 29/2000

RESOLUCIÓN: 15/2002

FECHA: 24 de junio de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Javier de la Hoz de la Escalera

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 320.2, 390.1.4 y 438 del Código penal

DOCTRINA: Adecuación a derecho de otorgamiento de una licencia de obra. Prevaricación urbanística. Falsificación de documento público. Fraude (FJ 5, 6 y 8)

llas en planta bajo cubierta a que se refiere el apartado 2 del artículo 7.6 de las NNSS. 4.º) El uso previsto requiere la autorización previa a que se refiere el artículo 16.3 del TRLS, según el procedimiento establecido en los artículos 14 y 12.2 de la Ley de Cantabria 9/1994. Lo que se informa para la tramitación del presente expediente a los efectos previstos en el artículo 248 del TRLS."

A la vista de dicho informe, el alcalde solicitó a un arquitecto superior que informara acerca de la concesión de la licencia, de acuerdo con la documentación aportada. Éste consideró que la concesión de la licencia debía supeditarse a las indicaciones recogidas en el sello del Colegio de Arquitectos. Dicho arquitecto en ningún momento tuvo conocimiento de que se trataba de un edificio de nueva planta en suelo no urbanizable, que incumplía la autorización otorgada por la Demarcación de Carreteras y que precisaba la autorización de la Comisión Regional de Urbanismo.

El alcalde concedió la licencia de obras, suscrita por la secretaria municipal, quien hizo constar que lo hacía por orden expresa del alcalde, por considerar que en ese caso era necesario el informe preceptivo del aparejador municipal.

Un tiempo más tarde, el alcalde hizo constar en un oficio con membrete del Ayuntamiento y con su sello estampado que Domingo P. R. había satisfecho la cantidad correspondiente por los tributos en concepto de la licencia de obras concedida. Sin embargo, el Ayuntamiento nunca ingresó tal cantidad.

Por los hechos narrados, el entonces alcalde fue condenado por la Audiencia Provincial de Cantabria como autor responsable del delito de prevaricación urbanística, a la pena de un año de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o miembro de corporación municipal u otro cargo de elección pública durante ocho años por el primero de los delitos, y como autor de los delitos de falsedad y fraude, en concurso medial, a las penas de cuatro años y seis meses de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de quince meses con una cuota diaria de mil pesetas e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o miembro de corporación municipal u otro cargo de elección pública durante cuatro años, debiendo asimismo indemnizar al Ayuntamiento de Corvera de Toranzo en la suma de 612.000 pesetas y abono de costas causadas con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Delito de prevaricación urbanística (artículo 320.2 del Código penal)

La Audiencia consideró que los hechos relatados eran constitutivos de un delito de prevaricación urbanística. Al respecto, recordó que dicho tipo constituye una especialidad del más genérico de prevaricación. Éste protege el correcto ejercicio del poder público que, como indicó la Audiencia:

“[...] en un Estado de derecho y democrático como es el nuestro, no puede utilizarse de forma arbitraria ni aun a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo por el contrario ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio [...]” (FJ 5)

Por ello, la perpetración del mencionado tipo requería de los siguientes elementos: a) existencia de una resolución en un asunto administrativo, entendiendo como tal “[...] cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados”; b) que la resolución sea injusta, debiéndose tratar no de cualquier ilegalidad sino de “[...] una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en derecho”, y c) que dicha resolución sea dictada a sabiendas de su injusticia, esto es, “[...] con clara conciencia de la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución”. (FJ 5)

Para determinar si los hechos relatados eran constitutivos del delito mencionado, la Audiencia pasó a analizar la adecuación a derecho de la licencia de obra. A tal fin se basó en la normativa vigente en el momento de producción de los hechos, que era la Ley del suelo, al no disponer el municipio de planeamiento urbanístico propio.

Como indicó la Audiencia, la construcción se había efectuado en suelo no urbanizable. Sin embargo, en dicho suelo la Ley

del suelo sólo permite realizar “[...] construcciones destinadas a explotaciones agrícolas o con autorización del órgano autonómico competente, y sin perjuicio de obtener, además, la licencia municipal, edificaciones de utilidad pública o interés social o edificios aislados destinados a vivienda familiar”. Asimismo, la autorización de la Demarcación de Carreteras del Estado se concedió sobre la base de que se trataba de una rehabilitación, y estableció el deber de respetar una distancia mínima.

Ninguna de estas exigencias fue cumplida por el acusado, por lo que la Audiencia consideró que: “[...] la concesión de licencia, vulneró de forma flagrante, clara y palmaria el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento, produciendo un resultado a todas luces injusto, como es la legalización y la autorización de la construcción de un hotel en un lugar prohibido y al margen del procedimiento legalmente establecido para la concesión de la licencia.” (FJ 6)

En cuanto al elemento subjetivo del injusto, la Audiencia consideró probado que:

“[...] el acusado concedió aquella licencia con plena conciencia de que no se ajustaba a derecho, y que con ello legalizaba una construcción a todas luces ilegal, eludiendo a sabiendas también el debido control de la Comisión Regional de Urbanismo y el incumplimiento de la autorización concedida por la Demarcación de Carreteras, concurriendo así el elemento subjetivo propio de este delito de prevaricación [...]” (FJ 7)

Por ello la Audiencia estimó que el acusado era autor de un delito de prevaricación urbanística.

Delito de falsedad (artículo 390.1.4 del Código penal)

En relación con el delito de falsedad, la Audiencia enumeró los elementos constitutivos del mismo:

“a) Elemento objetivo o material, integrado por la mutación de la verdad a través de los procedimientos o modalidades comisivas, contempladas en el artículo 390 del Código penal. b) Que la *mutatio veritatis* incida sobre elementos esenciales del documento y posea la entidad suficiente para confundir al tercero o sorprenderle en su buena fe, repercutiendo o produciendo los efectos perseguidos en el ámbito de las relaciones jurídicas. c) El elemento subjetivo, o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el sujeto activo de la conciencia y voluntad de transmutar la realidad. Y cuando de falsedad cometida por autoridad o funcionario se trata es claro que la conducta debe ser realizada por una autoridad o un funcionario público en el sentido penal del término, conforme al artículo 24 del Código penal antes citado, en el ejercicio de sus funciones, y no obviamente como particular.” (FJ 8)

Al respecto, la Audiencia consideró probada la emisión de un documento en el que se afirmaba, con membrete y sello oficial, que Domingo P. R. había satisfecho cierta cantidad como pago de los tributos correspondientes a la concesión de la licencia de obra. Sin embargo, dicho señor no había satisfecho tal cantidad al Ayuntamiento, ni directamente ni por compensación, pues ésta precisa “la existencia de una deuda del acreedor frente al deudor”, lo que no ocurría en el caso de autos, pues ese señor “[...] no tenía ningún crédito reconocido por el Ayuntamiento, ni siquiera solicitado su reconocimiento ni deducida petición alguna en este sentido que hubiera dado lugar a alguna actuación administrativa”. (FJ 8)

Por tanto, el acusado “faltó a la verdad” al redactar y suscribir el mencionado texto, por lo que la Audiencia consideró que el acusado era también autor de un delito de falsedad.

Delito de fraude (artículo 438 del Código penal)

Finalmente, la Audiencia consideró que se había producido igualmente un delito de fraude. Éste “sanciona a la autoridad o

funcionario público que abusando de su cargo cometiere algún delito de estafa". (FJ 8)

Como indicó la Audiencia, la doctrina mayoritaria lo considera "[...] una modalidad agravada del delito de estafa por razón de abuso de las funciones públicas, pero que requiere desde luego que concurren elementos típicos de la estafa, conforme el artículo 248 del Código penal: engaño bastante, realización por el engañado de un acto de disposición, y ánimo de lucro propio o de un tercero". (FJ 8)

Según la Audiencia, se daban todos los elementos del tipo: "[...] el engaño fluye de la creación de dicho documento falso y su incorporación al expediente, para lo que fue lógicamente confeccionado [...]. El acto de disposición viene constituido en este caso por una conducta omisiva, consistente en la falta de reclamación de esos tributos precisamente por la constancia documental creada por el acusado de que se han satisfecho y el error provocado en la propia Administración municipal. Y el ánimo de lucro es en este caso de lucro ajeno y se presenta como rector de toda la acción, pues consiste en ahorrar a Domingo el pago de esa deuda al Ayuntamiento, existente y liquidada." (FJ 8)

A la vista de lo anterior, la Audiencia resolvió condenar al acusado, como autor de los delitos mencionados, a las penas indicadas en la descripción del supuesto de hecho.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el delito de prevaricación urbanística, ver las siguientes sentencias: STC 27/1981(Aranzadi 1981/27); STS 346/1994, de 21 de febrero; STS de 10 de mayo de 1993 (Aranzadi 1993/3777); STS de 21 de febrero de 1994 (Aranzadi 1994/1552); STS de 27 de mayo de 1994 (Aranzadi 1994/9345); STS de 10 de noviembre de 1994 (Aranzadi 1994/8809); STS de 25 de marzo de 1995 (Aranzadi 1995/2236); STS de 20 de abril de 1995 (Aranzadi 1995/3898); STS de 14 de marzo de 1996 (Aranzadi 1996/2459); STS de 7 de febrero de 1997 (Aranzadi 1997/661); STS de 3 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/1822); STS de 23 de abril de 1997 (Aranzadi 1997/3262); STS de 14 de noviembre de 1995 (Aranzadi 1995/8308); STS de 24 de abril de 1988; STS de 17 de septiembre de 1990 (Aranzadi 1990/7322); STS de 10 de abril de 1992 (Aranzadi 1992/2954), y STS de 10 de diciembre de 1992 (Aranzadi 1992/10090).

Sobre el delito de fraude, ver las siguientes sentencias: STS de 17 de febrero de 1981 (Aranzadi 1981/660), y STS de 9 de mayo de 1985 (Aranzadi 1985/2458). ■

5	PRESENTACIÓN
6	ESTUDIOS
7	El sistema de fuentes de las entidades locales (I) <i>Antonio Serrano Pascual</i>
42	Las relaciones de puestos de trabajo y la gestión de la función pública local <i>Joan Mauri Majós</i>
67	El derecho de acceso de los miembros de las corporaciones locales a la documentación existente en la corporación <i>Luis Ortega Álvarez</i>
78	La autonomía local en España en los albores del siglo XXI <i>Ferran Torres Cobas</i>
100	La autorización judicial de entrada en el domicilio <i>Pilar Galindo Morell</i>
111	El régimen de sesiones del Pleno municipal <i>Héctor García Morago</i>
128	Competencias sobre la conservación de vías públicas locales, caminos vecinales, otras vías rurales y vías pecuarias <i>Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli</i>
139	La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad <i>Marcos Vaquer Caballería</i>
146	INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS DE LOS ENTES LOCALES
147	Particularidades del contrato de gestión de servicios públicos. En especial su regulación en el ámbito local <i>Pedro Luis Martínez Ballarés</i>
158	El procedimiento de aprobación del nuevo Plan insular de ordenación de Gran Canaria <i>Carlos Manuel Trujillo Morales</i>
174	La negociación colectiva en la función pública local, con referencia especial a las pequeñas corporaciones locales <i>Jorge Pueyo Moy</i>
180	CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS Y LOS REGLAMENTOS LOCALES
181	Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (I) <i>Domènec Sibina Tomàs</i>
196	CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA <i>Domènec Sibina Tomàs</i> <i>Eva Arnal Arasa</i>
197	A) Jurisdicción constitucional
205	B) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
207	C) Jurisdicción contencioso-administrativa
225	D) Jurisdicción civil
227	E) Jurisdicción penal

