

Cuadernos de Derecho Local

número

15

Octubre de 2007

QDOL



Cuadernos de Derecho 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

MANUEL MEDINA GUERRERO
DOMÈNEC SIBINA TOMÀS

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

JOSÉ MARÍA ESQUERDA ROSET
FERRAN TORRES COBAS

EDICIÓN

© FUNDACIÓN PRIVADA DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

×

PRODUCCIÓN Y ASESORAMIENTO LINGÜÍSTICO

FRANCESC GIL LLUCH ☎ 932 095 705

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SISDIGRAF, S.L. ☎ 933 052 450

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



SUMARIO

QDL

Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

Enric Fossas

Profesor titular de Derecho Constitucional (UAB).
Letrado del Tribunal Constitucional

Juli Ponce Solé

Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

Eduard Paricio Rallo

Magistrado

Francisco José Sospedra Navas

Magistrado de la Sala de lo
Contencioso-Administrativo del
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Antonio Serrano Pascual

Secretario general de la Diputación Provincial
de Huesca

Casimiro López García

Interventor-tesorero de Administración local.
Letrado adjunto del Ayuntamiento de Torrelavega

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza

Magistrado

Domènec Sibina Tomàs

Eva Arnal Arasa

Abogada

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

Prestaciones patrimoniales públicas y tarifas privadas en la
prestación de servicios públicos locales 7

El conflicto en defensa de la autonomía local 21

Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de
uso público y titularidad municipal 30

Responsabilidad patrimonial II 40

Acceso, promoción y movilidad en la función pública local 52

El régimen jurídico del personal laboral en la
Administración local 63

El Estatuto básico del empleado público y las entidades
locales: valoración crítica 77

Nuevo sistema de atribución y defensa competencial
de las entidades locales 104

Los derechos fundamentales en el ámbito local 130

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 140

A) Jurisdicción constitucional 141

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 149

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 150

D) Jurisdicción contencioso-administrativa 153

E) Jurisdicción civil 176

F) Jurisdicción penal 181

Este número del QDL se inicia con el trabajo de Joaquín Tornos Mas, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, sobre “Prestaciones patrimoniales públicas y tarifas privadas en la prestación de servicios públicos locales”. El artículo analiza la intervención administrativa sobre los precios de los servicios y la potestad tributaria y potestad tarifaria, prestando especial atención a la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995. El autor sostiene la posibilidad de establecer tarifas en la prestación de los servicios públicos locales (ante las dudas que resultan del artículo 2.2 de la Ley general tributaria) y de optar, por tanto, por un régimen tarifario o tributario.

Enric Fossas, profesor titular de Derecho Constitucional (UAB) y letrado del Tribunal Constitucional, publica “El conflicto en defensa de la autonomía local”, un artículo en el que analiza este concreto proceso constitucional creado por el legislador, como argumenta el autor, para conciliar distintos objetivos: permitir el acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional para proteger su autonomía, crear un proceso de impugnación de leyes que no se confundiera con los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad previstos en la Constitución y en la LOTC, y evitar su uso masivo por parte de los legitimados (entre ellos, más de ocho mil municipios) que contribuyera a agudizar el colapso del Tribunal. Después de realizar un agudo examen del proceso, concluye con la afirmación –una llamada más al interés de la lectura del artículo–, que la creación de un proceso específico de defensa de la autonomía local frente al legislador no necesariamente garantiza una mayor protección de aquélla, que quizás pueda ser asegurada más eficazmente mediante otros instrumentos jurídicos y políticos.

Juli Ponce Solé, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, publica “Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal”, un certero trabajo sobre un tema que preocupa en mucha mayor medida a los responsables de la gestión pública local que a la doctrina. Como afirma el autor, existe un renovado interés por los caminos de uso público consecuencia de los cambios sociales y económicos en marcha: la ciudad “difusa”, la sensibilidad medioambiental y las nuevas formas de actividad turística. En el desarrollo del trabajo se afrontan, entre otras cuestiones relativas al uso público de los caminos, la posibilidad de *ius in re aliena*; la adquisición del derecho real de paso; la defensa de la posesión pública del camino, en especial, la recuperación de oficio y los medios para acreditar la posesión pública. Finaliza el artículo con las conexiones de la materia con la ordenación del territorio y el planeamiento y la gestión urbanística.

Eduard Paricio Rallo, magistrado, retoma la cuestión de la responsabilidad patrimonial que ya afrontó en el QDL, 12 (entonces por daños sufridos en la vía pública). En esta ocasión (“Responsabilidad patrimonial II”), examina la responsabilidad patrimonial del contratista, de la Administración en las relaciones de sujeción especial y la posición de las compañías de seguros. Además analiza los problemas derivados del plazo para ejercer la acción de responsabilidad; la cuantificación del daño y el tema de los intereses y actualización. Un nuevo ejercicio de reflexión riguroso sobre la realidad de la institución examinada desde la perspectiva de la posición de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Francisco José Sospedra Navas, magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, publica dos trabajos sobre función pública. El primero, “El acceso, promoción y movilidad en la función pública local”, y el segundo, “El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local”. A su vez, Antonio Serrano Pascual, secretario general de la Diputación Provincial de Huesca, publica “El estatuto básico del empleado público y las entidades locales: valoración crítica”. En su conjunto, estos trabajos nos ofrecen una perspectiva de notable interés del régimen del personal al servicio de las entidades locales.

Casimiro López García, interventor-tesorero de Administración local y letrado del Ayuntamiento de Torrelavega, es autor del trabajo “Nuevo sistema de atribución y defensa competencial de las entidades locales”.

El último artículo lo firma la prestigiosa pluma de José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, magistrado del Tribunal Supremo, quien, en “Los derechos fundamentales en el ámbito local”, hace un análisis sobre la responsabilidad de los gobiernos locales en la protección y promoción

de los derechos humanos; la ampliación del catálogo de derechos protegibles en el ámbito local, y la respuesta jurisdiccional a las violaciones de derechos fundamentales imputables a los poderes locales.

Domènec Sibina Tomàs
*Co-director del QDL y director de publicaciones
de la Fundación Democracia y Gobierno Local*

Prestaciones patrimoniales públicas y tarifas privadas en la prestación de servicios públicos locales

Joaquín Tornos Mas
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. La intervención administrativa sobre los precios de los servicios.
2. Potestad tributaria y potestad tarifaria.
 - 2.1. Los orígenes. 2.2. Posición actual de la doctrina y la jurisprudencia. 2.3. Un supuesto especial. El cobro de las tasas por el concesionario.
3. La sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995.
 - 3.1. La nota de la coactividad. 3.2. El alcance de la reserva legal.
4. El artículo 2.2 de la Ley general tributaria.
5. Las tarifas de los servicios públicos locales. Supervivencia de la figura.

1. La intervención administrativa sobre los precios de los servicios

En el ámbito de la Administración local se ha venido admitiendo con carácter general que la prestación de los servicios públicos locales se puede financiar mediante el recurso al cobro de tasas o tarifas, lo que supone que en un caso la Administración local recurre al ejercicio de su potestad tributaria y en el otro al ejercicio de su potestad tarifaria. Esta distinción ha estado presente en el debate doctrinal y jurisprudencial de los últimos años.¹

De forma resumida podemos señalar que la distinción se basa en los siguientes criterios:

a) *Potestad tributaria*. Potestad atribuida al poder público para exigir de forma coactiva el pago de determinados servicios. El servicio se presta por un ente público y el precio se ingresa en el presupuesto público. El ejercicio de esta potestad se concreta en la exigencia de tasas o precios públicos. Las tasas deben establecerse en la correspondiente ordenanza fiscal.

b) *Potestad tarifaria*. Potestad reconocida a la Administración titular de un servicio público para fijar el precio de la prestación de este servicio cuando el mismo se presta por una entidad de Derecho privado de capital público o por un concesionario. El precio no se ingresa en un presupuesto público, sino en la cuenta de explotación del ente que presta el servicio.²

Esta distinción conceptual entre tasa y tarifa³ ha sido objeto de un replanteamiento conceptual a partir de la sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional, en la que el concepto de prestación patrimonial de carácter público adquirió una gran fuerza expansiva. En virtud del influjo de esta sentencia, la distinción entre tasa y tarifa se ha visto de nuevo afectada por la redacción del artículo 2.2 de la Ley general tributaria 58/2003, de 17 de diciembre.

1. Entre otros, ARIÑO, A., *Las tarifas de los servicios públicos*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976, y VILLAR ROJAS, F., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos, estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000.

2. Sobre esta distinción, *vid.* TORNOS, J., "Potestad tarifaria y política de precios", *RAP*, 135, 1994, y "Las potestades administrativas tarifaria y de tasación", en *La intervención administrativa en la economía*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998. También es preciso diferenciar los conceptos de tarifa y peaje. Por un lado, el concepto de peaje se aplicará al precio exigido por el uso de un bien demanial o de una infraestructura que debe ser de uso compartido. Pero también cabe recurrir a este par de conceptos, tarifa y peaje, para referirse por un lado al precio que se reconoce al concesionario, mientras que peaje será el precio que pague el usuario del servicio. Así, en el caso de las autopistas.

3. La doctrina ha prestado especial atención en los últimos años a la distinción de estas dos potestades. Con anterioridad, debe citarse el clásico trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre la naturaleza de la tasa y de las tarifas de los servicios públicos", *RAP*, 12, 1953. Recientemente, GIEURE LE CARESSANT, J., "La natura-

En el presente trabajo reflexionaremos sobre la incidencia de la Ley general tributaria en la distinción de los conceptos de tasa y tarifa dentro del ámbito de los servicios públicos locales. Para ello partiremos de la construcción jurisprudencial de la distinción entre potestad tributaria y tarifaria, con el fin de examinar a continuación el alcance del artículo 2.2 de la Ley general tributaria de 2003 y preguntarnos si debe entenderse que con su aprobación ha desaparecido la potestad tarifaria inherente a la gestión indirecta de los servicios públicos o, por el contrario, se mantiene y, en este caso, en qué términos.

2. Potestad tributaria y potestad tarifaria

2.1. Los orígenes

Con el fin de llevar a cabo una exposición resumida de la evolución del tema objeto de nuestro estudio tomaremos como punto de partida la Ley de tasas y exacciones parafiscales de 26 de diciembre de 1958, según la cual no son tasas las percepciones que los establecimientos públicos obtengan por las actividades que desarrollan en forma de empresa industrial o mercantil, ni los servicios prestados en régimen de concesión. Tampoco se conciben como tasas los precios que cobran entes públicos sujetos al Derecho privado, ya que tales precios se califican como tarifas o precios privados (así, el caso de RENFE en la Ley de bases de 1941 y en la Ley de ordenación del transporte de 1987).

El ordenamiento local estableció una regulación más confusa, y la doctrina tendió, al interpretar este ordenamiento, a equiparar la tasa y la tarifa de los servicios públicos en concesión. Esta equiparación respondía a fines esencialmente garantistas, esto es, evitar precios abusivos en la fijación de tarifas.⁴

leza jurídica de las tarifas de los servicios públicos locales", *Revista de Hacienda Local*, 88, 2000; MARTÍN QUERALT, L., "La gestión de los recursos procedentes de la prestación de servicios realizada por las entidades locales", en el volumen colectivo "Financiación de los entes locales", Marcial Pons, Madrid 2001; PAGÉS, J., "Las tarifas de los servicios prestados en régimen de Derecho privado: Su consideración como tasas, precios públicos o precios privados", *RDFHP*, 252, 1999; PERDIGÓ, J., "Les tarifes dels serveis locals", *Dret local*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1997; RAMALLO, J., "Tasas, precios, públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)", *REDF*, 90, 1996. También, con carácter general, el trabajo de VILLAR ROJAS, F., "Dictamen sobre el concepto de tasas de la nueva Ley general tributaria y su eventual impacto en las tarifas por prestación del servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable", *Quincena Fiscal Aranzadi*, 10/2005.

4. En este sentido, *vid.* los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. ult. cit.*, y VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, y "Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado", *RAP*, 16, 1955.

Esta confusión aparece en el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, artículo 129.1.b), y se corrige en parte en el ROAS, cuyos artículos 297 y 299 parecen diferenciar los supuestos en que procede exigir tasa o tarifa.

2.2. Posición actual de la doctrina y la jurisprudencia

Si acudimos a la doctrina, recientemente Santamaría Pastor y García de Enterría han aportado reflexiones de gran interés en sendos informes emitidos a petición de la Asociación Española de Empresas Gestoras de los Servicios de Agua a Poblaciones.⁵

Para el primero de los autores citados, “dichos precios no han adquirido de manera genérica, como ha podido formularse en hipótesis, la naturaleza de tasas. Para que tal efecto se produjera deberían concurrir dos circunstancias: primera, que los importes procedentes de estos abonos se ingresaran en la hacienda de la entidad local como un recurso ordinario de la misma, no entrando en el patrimonio del ente prestador ni quedando afectos a la cobertura de los costes del servicio. Y segunda, que el servicio se preste por una entidad sometida a un estatuto general de Derecho público, lo cual sólo sucede en los casos en que el prestador sea directamente una entidad local o un organismo autónomo, pero no cuando lo sea una entidad privada de capital total o parcialmente público, o un ente público sometido por ley en sus relaciones externas al Derecho privado. En estos casos, el ingreso no puede tener el carácter de tasa, sino de precio privado en sentido estricto”.

Para el profesor García de Enterría, “las tarifas percibidas por entidades o sociedades privadas que prestan el servicio de abastecimiento de aguas en régimen de gestión directa o indirecta deben ser calificadas como precios por la prestación del servicio sujetos a un régimen especial”.

Pero lo verdaderamente relevante es la construcción jurisprudencial, en la que encontramos un claro esfuerzo por diferenciar dogmáticamente los conceptos de potestad tributaria y tarifaria. En este sentido, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1998, Aranzadi 1094, en la que se afirmó lo siguiente:

“En primer lugar, hemos de partir del hecho de que la empresa que presta el servicio de transporte urbano por medio de autobuses en la ciudad de Valladolid es, como se infiere de los poderes para pleitos obrantes en las actuaciones, una ‘Sociedad Anónima Privada Municipal’. Se está, pues, al parecer (dada la falta de suficientes elementos de juicio),

ante un supuesto de gestión directa (de un servicio municipal esencial), previsto en los artículos 67.tercera y 89 a 94 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, de 17 de junio de 1955, 85.3.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y 95 y 103 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, y llevado a cabo por una sociedad privada municipal, con personalidad jurídica propia, cuyo capital social pertenece totalmente a la corporación.

“En consecuencia, la tarifa o el precio en sentido económico que dicha sociedad pueda cobrar a los usuarios como contraprestación del servicio de transporte que presta (el valor de los billetes) no es, en principio, técnica y jurídicamente hablando, una tasa o un precio público (es decir, no es un ingreso público de carácter tributario), sino un precio privado.

“Y, en consecuencia, procede distinguir entre lo que es la potestad tarifaria, conexas a la idea de gestión de un servicio público y a su fórmula de remuneración, y la potestad tributaria, plasmación del concepto de los ingresos públicos de tal naturaleza.

“Y, en el plano de la efectividad de ambas potestades, la ‘tarifa’ (o precio o contraprestación), como se indica en la doctrina más generalizada, se ordena y analiza abstractamente en la normativa de gestión de los servicios públicos, se establece y fija al formalizar un contrato (de gestión de servicios), no puede exigirse generalmente por vía de apremio y es susceptible de discutirse, incluso, ante la jurisdicción civil. Y, por otro lado, la ‘tasa’ propiamente dicha, el ‘precio público’ o –después de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 (RTC 1995/185)– la ‘prestación patrimonial de carácter público’ –del artículo 31.3 de la Constitución– se regulan abstractamente en la normativa propia de los ingresos de Derecho público, se imponen, ordenan y especifican de acuerdo con dicho régimen jurídico, pueden exigirse por vía de apremio y se impugnan a tenor de lo expuesto en las reglas tributarias.

“Es evidente que la diferenciación de dichos conceptos –en relación, especialmente, con el juego de la potestad administrativa de intervención sobre los precios y tarifas– no ha sido (y continúa no siendo) pacífica, tanto en el marco jurisprudencial como en el normativo.

“Las sentencias de esta sala de 9 de abril de 1968 (RJ 1968/3748), 12 de noviembre de 1970 (RJ 1970/4573), 1 de marzo de 1980 (RJ 1980/1059), 10 de mayo de 1988 (RJ 1988/3739) y 15 de diciembre de 1992, limando asperezas conceptuales e intentando terminar con

5. Tomamos la cita de estos informes de GIEURE LE CARESSANT, J., *op. cit.*, p. 168-169.

confusiones tradicionales, han venido distinguiendo, progresivamente, entre las 'tarifas o precios' de los servicios públicos y las 'tasas' y/o 'precios públicos' de carácter fiscal, atribuyendo a unos y otros diferentes naturalezas en función, sobre todo, de sus respectivos regímenes de implantación, modificación e impugnación, de sus conceptos integradores y de sus finalidades aplicativas.

"El Derecho positivo también ha sido (y, aún, es) reflejo de esas dudas interpretativas.

"Así, por ejemplo, el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (que, hoy día, puede reputarse todavía vigente en lo esencial) trata de las 'tarifas', en el capítulo V ('gestión indirecta de los servicios') del título III, en el sentido que se ha expuesto antes, hablando de remuneración del concesionario (artículo 115.6), de precio fijado por la Administración, susceptible, sin embargo, de rebajarse en el proceso de licitación (artículo 122.4), de retribución como derecho de quien asume la prestación del servicio (artículo 128.3.1) y de utilización de la vía de apremio para su exacción sólo si la corporación local lo autoriza (artículo 130.1); pero incurriendo, en el artículo 129, en una aparente contradicción, al indicar que la remuneración del concesionario está compuesta por las contribuciones especiales que se devengaren por el establecimiento del servicio y las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a la tarifa aprobada en la forma dispuesta en el propio precepto, contradicción o confusión que se reitera en el capítulo VI ('de las tarifas'), al comprender en tal concepto genérico toda contraprestación de los servicios ya sea 'tasa' (ingreso público) o 'precio-tarifa' (remuneración del concesionario y/o de la entidad de Derecho privado que preste el servicio).

"El artículo 155 del Reglamento que comentamos intenta aclarar y purificar –con relativo acierto– los conceptos de 'tasa' y 'tarifa'. Y, así, dice: '1. En los servicios prestados directamente por la corporación, con o sin órgano especial de administración o mediante fundación pública del servicio, o indirectamente por concesión otorgada a particular o empresa mixta o por consorcio con otros entes públicos, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasa y serán exaccionables por la vía de apremio. 2. Si el servicio se prestare con arreglo a las formas de Derecho privado y, en especial, por *sociedad privada municipal* o provincial, arrendamiento o concierto, las tarifas tendrán el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles.'

"Parece, pues, que se distingue, según el modo de gestión del servicio, entre 'tasa' o 'precio público' (incluyendo, de un modo no muy ortodoxo, y contradictorio con el contenido del capítulo V, la remuneración del concesionario) y el 'precio-tarifa'.

"El Real decreto legislativo 781/1986, en su artículo 107, establece que 'La determinación de las tarifas de los servicios que, con arreglo a la política general de precios, deban ser autorizados por las comunidades autónomas u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas. Las tarifas deberán ser *suficientes* para la *autofinanciación del servicio de que se trate*. No obstante, cuando las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación, la comunidad autónoma o Administración competente podrá acordarlo así, autorizando simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes'. Parece que, en este texto, en principio, la 'tarifa' va conexas a la idea de remuneración del concesionario del servicio o de la empresa privada que directa o indirectamente lo presta, y no a la idea del ingreso público tributario (aunque el texto no distingue con claridad tal dicotomía).

"Por su parte, la Ley 39/1988 define la 'tasa' (artículo 20) y el 'precio público' (artículo 41), sin hacer referencia, sin embargo, a si el servicio que genera tal tasa o precio se presta en régimen de Derecho público o privado, y conceptúa, por otra parte, el precio público como un ingreso de la entidad local, establecido y/o modificado (sólo) por el Pleno de la corporación (con un alcance conceptual que no parece aplicable, lógicamente, al precio o ingreso obtenido por una entidad privada –como la de los presentes autos–).

"Puede concluirse, pues, ya, que la 'tarifa' es el producto del ejercicio de la potestad tarifaria de la Administración (y no de la potestad tributaria) y es, por ello, diferenciable de la 'tasa' y del 'precio público', pues estas dos últimas contraprestaciones constituyen, más bien, ingresos de Derecho público que, como tales, conforman la hacienda pública (en este caso, local), y las 'tarifas' son el precio fijado por la Administración para remunerar a quien, en régimen de Derecho privado, presta el servicio.

"En los supuestos del concesionario (y, también, en cierto modo, en los de las empresas privadas con capital total o parcialmente administrativo) la 'tarifa' adopta una conformación contractual, en cuanto, a pesar de ser fijada unilateralmente por la Administración, su importe se vincula al objeto del servicio y puede verse afectada en su cuantificación por la alteración del equilibrio financiero del contrato o negocio por el que se confiere la actividad prestacional."

La larga cita nos ha parecido esencial, ya que en esta sentencia se resume la doctrina del Tribunal Supremo hoy mayoritaria, de la que interesa destacar lo siguiente:

te: los conceptos de tasas y tarifa difieren en cuanto a su naturaleza jurídica, ya que las tasas son manifestación de la potestad tributaria y las tarifas de la potestad tarifaria. La tasa se ingresa en el presupuesto de un ente público y se gestiona de acuerdo con la normativa tributaria. La tarifa es un precio privado que cobra el prestador del servicio del usuario.

En la misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido insistiendo en la importancia del sujeto que recibe el ingreso. Así, las STS de 13 de junio y 27 de septiembre de 1997, Aranzadi 6674 y 8484, la de 4 de marzo de 1998, Aranzadi 1933, 21 de abril de 1999, Aranzadi 3585, 30 de abril de 2001, Aranzadi 4719, 13, 23 y 30 de septiembre de 2002, Aranzadi 8279, 8476 y 8681, 9 de julio de 2003, Aranzadi 6287, y 4 de julio de 2006, Aranzadi 5989. En la citada sentencia de 9 de julio de 2003 se señala que: “Ya las sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1968 (RJ 1968, 3748), 12 de noviembre de 1979, 1 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1059), 10 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1347) y 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 2515) fueron estableciendo progresivamente la diferencia entre las ‘tarifas o precios’ de los servicios públicos y las ‘tasas y/o precios públicos’, de carácter fiscal, atribuyendo a unos y otros naturalezas diferentes, en función de sus respectivos regímenes de implantación, modificación e impugnación, así como de sus conceptos y finalidades de aplicación.”

En definitiva, de acuerdo con esta doctrina el ejercicio de la potestad tributaria se traduce en la fijación de tasas (o precios públicos), como ingresos exigidos por una determinada prestación pública y destinados a cubrir este gasto público, ingresos que además pasarán a formar parte del presupuesto público. La tarifa, por el contrario, es el precio que ingresará el concesionario o una entidad sujeta al Derecho privado.⁶ Esto supone mantener un concepto subjetivo de la hacienda pública, opuesto a recientes tesis que defienden un concepto objetivo de la misma.⁷

6. Por esta razón, aunque puedan calificarse de prestaciones patrimoniales de carácter público los ingresos coactivos de entidades públicas de Derecho privado, no calificamos tales ingresos de tasas o precios públicos, sino de tarifas.

7. Vid. LOZANO SERRANO, “Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público”, REDF, 97; MARTÍN JIMÉNEZ, “Notas sobre el concepto constitucional de tributo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional”, REDF, 106, 2000, y la referencia a estas tesis en MARTÍN QUERALT, J., *op. cit.*, p. 445.

8. El precio público de naturaleza tributaria sería el ingreso exigido por una prestación pública, destinado a cubrir este gasto, y que se ingresa en un presupuesto público, pero cuya cuantía no se fija en relación con el coste del servicio. La reforma de la LGT y LHL ha supuesto la práctica desaparición de esta categoría.

9. En este sentido PERDIGÓ I SOLÀ, J., *op. cit.*, p. 573, y FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho financiero español*, Marcial Pons, 1998, quien en la página 215, nota 1, afirma que “si el Estado presta el

La consecuencia de lo expuesto nos permite diferenciar el régimen de la tasa del de la tarifa. La tasa,⁸ como ingreso de naturaleza tributaria, está sujeta al principio de reserva legal (artículo 133.1 de la CE) y su regulación debe responder a los principios propios de los tributos (artículo 31.1 de la CE), esto es, igualdad y progresividad, sin que en ningún caso pueda tener alcance confiscatorio. La tasa se regulará por normas de Derecho público y se exigirá por un procedimiento coactivo, ingresándose en un presupuesto público.

La tarifa es un ingreso establecido en virtud de la potestad tarifaria de la Administración, de naturaleza no tributaria en la medida en que no se ingresa en un presupuesto público. Dentro de este concepto de tarifa podemos a su vez diferenciar dos supuestos distintos. Por un lado, la tarifa que reciba el gestor de una entidad pública de Derecho privado que preste un servicio público. Este ingreso es un precio o tarifa de naturaleza diversa a la tasa. No se sujeta en su determinación a los principios propios del ejercicio de la potestad tributaria, y podrá exigirse o no de forma coactiva según lo que disponga la ley que regule, en su caso, dicha tarifa. La cuantía de la tarifa no debe ajustarse al coste del servicio prestado.⁹ Por tanto, en virtud del dato fundamental del no-ingreso en un presupuesto público, al que puede añadirse la regulación de dicho ingreso por normas de Derecho privado, calificaremos como tarifa o precio el ingreso de las entidades públicas de Derecho privado.¹⁰

Por otro lado, la tarifa es el precio que recibe el contratista por la gestión indirecta de un servicio público (podemos incluir aquí la tarifa del contrato de concesión de obra pública, gestión de servicio público o precio del concierto). Éste es un precio que posee naturaleza contractual en la medida en que forma parte de un negocio bilateral y su cuantía se determina en función de la remuneración del contratista. Por ello, su cuantía queda también afecta al principio del equilibrio financiero. Dada la naturaleza del contrato

servicio a través de una sociedad mercantil, en régimen de Derecho privado, apropiándose la sociedad de las sumas pagadas por los usuarios, sólo de precios se puede hablar para referirse a tales sumas”. MARTÍN QUERALT, *op. cit.*, p. 434, también reconoce esta diferencia; así en la página 434 afirma que “no puede desconocerse que ni siquiera nos encontramos ante un ingreso público, sino que es un ingreso percibido por un particular, empresa o sociedad, pero que no revierte en modo alguno en las arcas municipales, ni su finalidad es, por tanto, la de financiar el gasto público”. Más adelante, en las conclusiones de su trabajo expone de forma matizada las consecuencias de esta distinción, p. 449-452.

10. Lo que se expone en el texto nos lleva a matizar lo dicho en un trabajo nuestro anterior, “Potestad tarifaria y política de precios”, RAP, 135, 1994, en el que centrábamos el criterio de distinción en el régimen de prestación del servicio. Recogemos en este sentido la observación crítica a nuestra postura de VILLAR ROJAS, F., *op. cit.*, p. 30, nota 40.

público, la Administración podrá incidir en este precio (como consecuencia del ejercicio de las prerrogativas que le atribuye la legislación contractual) y el contratista podrá exigir su revisión, pero en todo caso se partirá de la cuantía establecida en el momento de constituir la relación contractual.

2.3. Un supuesto especial. El cobro de las tasas por el concesionario

Según la construcción que acabamos de exponer, uno de los criterios determinantes para diferenciar la tasa de la tarifa es la del sujeto que lleva a cabo el cobro del precio del servicio. No obstante, este criterio no es absoluto, y puede tener excepciones. Así, puede darse que el cobro de la tasa corresponda al concesionario, pero en este caso deberá tratarse de una verdadera tasa (establecida en la preceptiva ordenanza fiscal) y el concesionario actuará como recaudador de la Administración, procediendo a ingresar lo que cobre en las arcas municipales.

En definitiva, lo que queremos señalar es que una vez el ente local ha creado una tasa conforme a Derecho puede optar entre proceder directamente a su exacción o bien encomendar esta tarea recaudatoria a un concesionario, atribuyéndole con esta finalidad la posibilidad de exigir el pago por la vía de apremio.

En este sentido, aunque se plantea el tema de forma indirecta, es de interés la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1999, Aranzadi 3586. La citada sentencia tuvo como causa los siguientes hechos, que exponemos de forma resumida. El Ayuntamiento de Valencia estableció una tarifa especial de 1,50 pesetas por m³ de agua suministrada para financiar una red arterial y una depuradora. La entidad Aguas de Valencia SA exigió el pago de dicha tarifa a los usuarios. Posteriormente, el Ayuntamiento de Valencia procedió a practicar una liquidación de intereses tributarios de demora a Aguas de Valencia SA por el retraso en la entrega de lo recaudado por esta tarifa especial. Esta liquidación de intereses tributarios constituyó el objeto del litigio que a nosotros interesa.

La sentencia de primera instancia estimó en este punto el recurso de Aguas de Valencia SA al entender que la deuda reclamada no tenía naturaleza tributaria, razón por la cual el tipo de interés debió ser el legal sin el incremento del 25% propio de las deudas tributarias. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia recurrida, y al hacerlo elaboró de nuevo una fundada doctrina sobre la distinción entre tasa y tarifa. La sentencia niega que lo cobrado por la entidad privada Aguas de Valencia SA fuera una tasa, pero indirectamente admite esta posibilidad. Ahora bien, lo que

afirma con rotundidad es que previamente el Ayuntamiento debía haber creado la tasa. Si así lo hubiera hecho, nada hubiera impedido que su cobro lo hubiera llevado a cabo Aguas de Valencia SA, aplicando en este caso el régimen tributario.

La citada sentencia estableció lo siguiente:

“El primer motivo se formula ‘al amparo del núm. 4 del apartado 1 del artículo 95 de la Ley jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435), según redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril (RCL 1992/1027), pues la sentencia recurrida no aplicó el artículo 155 del Reglamento de Servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955 (RCL 1956/85 y NDL 22516), que establece que las tarifas de los servicios prestados por la corporación a través de concesión o que fuesen de recepción obligatoria para los administrados tienen naturaleza de tasa, ni tampoco aplicó el artículo 19.22 del Real decreto de 30 de diciembre de 1976 (RCL 1977/224 y ApNDL 6999), de tarifas especiales, que, desde el punto de vista tributario, sigue también el mismo principio de que las tarifas de servicios públicos, y muy concretamente la de servicio municipal de agua, tiene naturaleza fiscal de tasas’, de donde deduce la recurrente que el interés de demora no es el del artículo 36 de la Ley general presupuestaria, sino el específico del artículo 58 de la Ley general tributaria.

“La Sala no comparte este motivo casacional por las siguientes razones jurídicas: *Primera*. La tarifa general, o sea sin la especial de 1,50 ptas., por metro cúbico de agua, exigida por la sociedad Aguas de Valencia, SA es sin duda alguna un precio privado, que a efectos económico-financieros es el componente fundamental de los ingresos por suministros de agua potable realizados por dicha compañía, que una vez restados los gastos determina el beneficio de dicha empresa. Si fuera una tasa, es decir un tributo de naturaleza pública, su importe una vez percibido por la sociedad Aguas de Valencia, SA, como sujeto sustituto, sería pagado por ésta al Ayuntamiento de Valencia, cosa que no ocurre en el caso de autos. La tarifa general es según doctrina jurisprudencial consolidada un precio privado aunque por virtud de la potestad tarifaria que corresponde al ente concedente (artículos 115, 116 y 127 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955) le corresponda a éste su aprobación.

“La tarifa especial consistente en 1,50 pesetas por metro cúbico de agua potable, a incluir en el recibo del agua a pagar por los usuarios para financiar las obras de ampliación de la red arterial y de la depuradora de Picassent, cantidad a percibir por la sociedad de Aguas de Valencia, SA y que debía entregar al

Ayuntamiento de Valencia no podía seguir la vía de las tasas, porque éstas se corresponden con el coste real de los servicios integrados por los costes directos, indirectos, por la amortización de las instalaciones y por el beneficio industrial del concesionario, pero que obviamente no pueden incluir la ampliación de las instalaciones, por ello el Ayuntamiento de Valencia no siguió el procedimiento para el establecimiento de las tasas, con su correspondiente acto de imposición provisional y simultánea aprobación de la correspondiente ordenanza, decididos por mayoría del Pleno del Ayuntamiento, exposición al público para reclamaciones durante 15 días y posterior aprobación definitiva, sino que fue acordada como un simple aumento de las tarifas, es decir, incremento del precio privado por suministro de agua.

“Pese a la naturaleza distributiva de la tarifa especial como reparto del coste de la ampliación futura de las instalaciones entre los usuarios del suministro de agua, que la acercaría a una contribución especial, contemplada en el artículo 23.1 del Real decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, para el establecimiento, ampliación o mejora de servicios municipales, lo cierto es que esta vía no era posible, porque como precisa dicho artículo 23.1 es necesario que se beneficie especialmente a personas determinadas, circunstancia que no se da en este caso, por cuanto lo que hay es un beneficio común o general.

“Tampoco le era posible al Ayuntamiento de Valencia establecer un impuesto o arbitrio finalista para financiar las obras indicadas, porque en la Hacienda local, los ayuntamientos sólo podían establecer, en aquel entonces, los tributos específicamente admitidos y regulados en el Real decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, por el que se pusieron en vigor las disposiciones de la Ley 41/1975, de bases del estatuto del régimen local (RCL 1975/2334; RCL 1976/327 y NDL 15311), relativas a ingresos de las corporaciones locales.

“El Ayuntamiento de Valencia, cerradas las vías de las tasas, de las contribuciones especiales y de los arbitrios o impuestos, siguió el camino fácil de aumentar las tarifas mediante la inclusión de una tarifa especial de 1,50 pesetas por metro cúbico de agua suministrada, a pagar por los usuarios, que recaudaría la sociedad Aguas de Valencia, SA y que ésta entregaría al Ayuntamiento de Valencia, concepto este híbrido y atípico, pero en el que predomina, al menos en apariencia, por el procedimiento seguido, el carácter de precio privado o ‘tarifa’.

“Segunda. Es necesario distinguir como hizo la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1986 dos relaciones jurídicas distintas. La primera es la existente entre los usuarios y la concesionaria del servicio público de suministro de agua pota-

ble, que es de índole mercantil, pues el usuario se limita a pagar un precio privado por el suministro que recibe. El usuario, ciertamente, queda obligado a pagar el precio establecido desde que se publica en el *Boletín Oficial de la Provincia*, precio que estaba integrado por la tarifa general y por la tarifa especial. La segunda relación es la existente entre la sociedad concesionaria Aguas de Valencia, SA y el Ayuntamiento de Valencia, ente concedente. Esta relación forma parte del conjunto obligacional de la concesión, debiéndose destacar que la cláusula 12ª del contrato concesional de 7 de julio de 1904 estableció tres vías distintas para la financiación de la ampliación y mejora de las instalaciones, que eran: a) Acudir al crédito. b) Llevarla a cabo el Ayuntamiento, en cuyo caso las mejoras introducidas serían de propiedad municipal. c) Hacerse cargo la concesionaria, en cuyo caso serían de su propiedad, y al término de la concesión el Ayuntamiento tendría que indemnizarla. Ambas partes optaron por la financiación por el Ayuntamiento, el cual arbitró a tal efecto, un aumento del precio, es decir de las ‘tarifas’, obligándose la concesionaria a cobrar la tarifa especial, no como sujeto sustituto *ex lege*, sino como gestor *ex contractu* y a entregar al Ayuntamiento la recaudación obtenida. Nos hallamos, pues, ante una tarifa especial que es un precio privado, percibido por la concesionaria de los usuarios, que revierte al Ayuntamiento por virtud del título concesional.

“Tercera. El expediente administrativo no deja lugar a dudas acerca de que la tarifa especial de 1,50 pesetas por metro cúbico de agua suministrada responde a un aumento de las tarifas con la finalidad de que las nuevas instalaciones (ampliación de las vías arteriales y de la depuradora de Picassent) pasen a ser de dominio municipal, aunque afectas a la concesión, con objeto evitar que se incrementen excesivamente los activos de la sociedad concesionaria y por ende la indemnización correspondiente en el momento de la reversión [...]. Es claro que el Ayuntamiento de Valencia no consideró en absoluto que dicha tarifa especial fuera una tasa y por ello siguió el procedimiento propio de la aprobación de las tarifas de los concesionarios de servicios públicos.

“Por el contrario, si admitiéramos que se trata de una tasa como pretende el Ayuntamiento de Valencia, con el fin de lograr un tipo porcentual de interés de demora mayor, como es el propio del artículo 58 de la Ley general tributaria, habríamos de concluir que la tarifa especial habría incurrido en nulidad absoluta, por desconocer el procedimiento propio del establecimiento de los tributos locales, conclusión negada por la Sala Quinta de este Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 23 de junio de 1986 que reconoció la validez de dicha tarifa especial. [...] Octavo. Si el Ayuntamiento de Valencia hubiera sido consecuente

con su tesis actual, consistente en afirmar que la tarifa especial es una tasa, hubiera debido actuar en 1982 (8 de julio) cuando la aprobó, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18, 19, 20 y 26 de la Ley 40/1981, de 28 de octubre (RCL 1981/2698 y ApNDL 198), por la que se aprobaron determinadas medidas sobre régimen jurídico de las corporaciones locales (antes Real decreto ley 3/1981, de 16 de enero [RCL 1981/238]), artículos relativos al régimen de establecimiento y modificación de tributos locales, entre ellos las tasas (actos de imposición) y de ordenación de las mismas (ordenanzas fiscales), así como de su especial régimen de impugnación (vía económico-administrativa previa ante los tribunales económico-administrativos del Ministerio de Hacienda), preceptos que no fueron seguidos en absoluto por el Ayuntamiento de Valencia, que indudablemente lo que hizo fue utilizar la potestad tarifaria que le correspondía como ente concedente, respetando, eso sí, la potestad de la Administración General del Estado, en este caso, de los gobernadores civiles, sobre la política y control de precios, especialmente de los 'autorizados', en clara prueba de que no concibió en 1982 la tarifa especial como una tasa, sino como un componente del precio de suministro del agua, pero afectado a la financiación de la ampliación de las instalaciones, a gestionar y cobrar por la empresa concesionaria sociedad de Aguas de Valencia, SA, no como sujeto pasivo, sino como una obligación propia de su carácter de concesionario, obligación admitida como posible en la cláusula 12ª del contrato concesional de 1904.

"La conclusión que se deduce de todas las razones expuestas es que se trata de una deuda de derecho público, nacida del título concesional, por incumplimiento por parte de la sociedad de Aguas de Valencia, SA de su obligación, no como sujeto pasivo sustituto (tributario), sino como concesionaria, de recaudar por cuenta y para el Ayuntamiento de Valencia la tarifa especial, recurso financiero atípico, no tributario, por lo que los intereses de demora deben calcularse aplicando el tipo porcentual previsto y regulado en el artículo 36 de la Ley general presupuestaria, y no el tipo del artículo 58 de la Ley general tributaria, según redacción dada por la Ley 10/1985, de 26 de abril, aplicable exclusivamente a los débitos de naturaleza tributaria."

La larga cita es de nuevo de interés. El Tribunal Supremo niega en este caso que el precio exigido por el concesionario tuviera naturaleza de tasa, pero admite indirectamente que si el Ayuntamiento hubiera

aprobado la tarifa especial como una verdadera tasa nada hubiera impedido que su cobro se hubiera encomendado a la concesionaria. Por tanto, nos habríamos encontrado con un tasa exigida por la concesionaria pero que se hubiera ingresado en las arcas municipales.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995

Sobre este panorama, ciertamente no muy preciso, incidió con gran fuerza la STC 185/1995. El Tribunal Constitucional, a partir del análisis de las figuras de la tasa y el precio público,¹¹ dotó de contenido a la figura de la prestación patrimonial de carácter público del artículo 31.3 de la CE. Para ello acudió de forma primordial a la nota de la coactividad. En síntesis, el Tribunal Constitucional afirma que cuando estamos ante una prestación patrimonial coactiva entra en juego el artículo 31.3 de la CE y, por tanto, debe hacerse efectiva la reserva legal para la determinación de los elementos esenciales de dicha figura.

Esta construcción del Tribunal Constitucional tuvo su origen en una cuestión de inconstitucionalidad en la que se planteaba la inconstitucionalidad de determinadas tarifas portuarias calificadas como precios públicos y, por tanto, fuera de la reserva legal tributaria. La consecuencia fue reconvertir estas tarifas en tasas. Ahora bien, creemos que es posible matizar el alcance de la doctrina del Tribunal Constitucional, ya que su construcción de la figura de la prestación patrimonial de carácter público no obliga a que toda prestación de esta naturaleza deba convertirse en una figura tributaria.

En este sentido, compartimos totalmente lo expuesto por el profesor Villar Rojas en un reciente y brillante trabajo.¹² Para el citado profesor, en la doctrina constitucional (STC 185/1995, 233/1999, 63/2003) no se establece la necesaria equiparación entre contraprestación por servicios de recepción obligatoria o coactiva y tasa. La jurisprudencia constitucional delimita lo que sean prestaciones patrimoniales de carácter público a partir de unas notas esenciales: imposición por un ente público de una obligación de pago; carácter coactivo para el ciudadano; inequívoca finalidad de interés público para la prestación impuesta; irrelevancia del régimen, público o privado, en el que se establezca la obligación de pago; indiferencia sobre la condición pública o privada del preceptor del pago.

Ahora bien, añade el citado autor, "la condición de prestación patrimonial de carácter público no

11. La cuestión debatida se centró en el nuevo concepto de precio público, creado por la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, siguiendo la senda trazada por la Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales.

12. VILLAR ROJAS, F., "Dictamen sobre...", *op. cit.*

equivale, sin más, a tributo, como tampoco la reserva de ley es igual a reserva de ley tributaria. Como recuerda la misma jurisprudencia, el elemento distintivo es 'la inequívoca finalidad de interés público de la prestación impuesta' (STC 276/2000, FJ 4). Así, si es el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, llevará hacia el tributo (artículo 31.1 de la CE); pero si la obligación patrimonial se impone para castigar una conducta infractora, aparecerán las sanciones (artículo 25 de la CE); si se trata de asegurar la garantía de suministro energético, surgirán las reservas mínimas obligatorias para los operadores energéticos (artículo 31.3 de la CE); si el deber trae causa del derecho de la sociedad de participar en las plusvalías urbanísticas, surgirán cesiones obligatorias y los deberes de urbanización (artículo 47 de la CE), de igual modo que cuando la contraprestación se relaciona con la viabilidad de un servicio público encontraremos las tarifas o precio de servicio público (artículo 31.3 de la CE)".

En consecuencia, la garantía de la reserva de ley no remite necesariamente a la reserva de ley tributaria. Por tanto, todos los tributos son prestaciones patrimoniales obligatorias de carácter público, pero no todas las prestaciones de esa clase son tributos. Las sanciones, las cesiones urbanísticas obligatorias o las tarifas de servicios públicos no lo son.¹³

Entendemos, por tanto, que la incidencia del contenido de la STC 185/1995 sobre el ejercicio de estas dos potestades administrativas debió plantearse a partir de la doctrina que acabamos de exponer. Insistimos por ello de nuevo en la afirmación de que la principal aportación de la sentencia del Tribunal Constitucional es la creación del concepto de prestación patrimonial de carácter público en base a la nota de la coactividad. Si existe una prestación coactiva, en los términos que fija la propia sentencia, estamos ante una prestación patrimonial coactiva en el sentido del artículo 31.3 de la CE y, por tanto, tal prestación debe exigirse mediante ley.

13. VILLAR ROJAS, F., *op. ult. cit.*

14. En este sentido, es de interés la STS de 30 de abril de 2001, Aranzadi 4719, en la que se analiza la naturaleza jurídica de la tarifa que pagan los usuarios de una autopista y la proyección sobre la misma del artículo 31.3 de la CE. Para el Tribunal Supremo, "las prestaciones que los usuarios abonan al concesionario de un servicio no son tasas ni prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del artículo 31.3 de la CE, sino contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario que éste hace suyas por título privado, sin perjuicio de la intervención que la administración concedente puede tener en su fijación en ejercicio de la potestad tarifaria que le corresponde distinta de la potestad tributaria". Afirmada con rotundidad esta diferencia, con cita de más jurisprudencia en el mismo sentido, al final del fundamento jurídico se apunta la cuestión relativa a si esta tarifa podría requerir reserva legal, señalando únicamente que "es difícil afirmar con

Ahora bien, de ello no se deduce que tasa y tarifa pierdan su distinta naturaleza, ni que se confundan potestad tributaria y tarifaria. Mientras que la tasa es ejercicio de potestad tributaria y en todo caso prestación patrimonial de carácter público, la tarifa es ejercicio de la potestad tarifaria y podrá ser, además, prestación patrimonial de carácter público, si es un precio coactivo.¹⁴ Pero lo que importa señalar es que si la tarifa es prestación patrimonial de carácter público no por ello se convierte en tasa ni debe aplicársele toda la dogmática propia de la potestad tributaria. Lo único, aunque sin duda sea una nota importante, que se añade es la exigencia de reserva de ley. Pero una reserva de ley que no supone trasladar el régimen general de la potestad tributaria, pues el principio de reserva de ley permite en su aplicación una escala de diversa intensidad según la potestad cuyo ejercicio se habilite con la ley.

Por ello, no compartimos la conclusión final de Pagés,¹⁵ y nos inclinamos por situarnos en la posición más matizada que, por ejemplo, apunta Martín Queralt.¹⁶ En esta línea, entendemos que no puede desconocerse la doctrina del Tribunal Constitucional y que debe admitirse la categoría de tarifas coactivas que, como tales, son prestaciones patrimoniales de carácter público. Pero, en este caso, debe a su vez reconocerse que la diferencia entre tasa y tarifa subsiste, y que la exigencia de reserva de ley no supone tener que identificar la tarifa con una manifestación de la potestad tributaria.

Siguiendo con este razonamiento, lo que impone la doctrina del Tribunal Constitucional es que la tarifa coactiva tenga cobertura legal. Esto es, que una ley habilite su fijación, sus principios básicos y su exacción. Pues bien, si esto es así, lo cierto es que esta precisión legal existe en principio en relación con todos los servicios públicos, cuyas leyes de regulación habilitan el ejercicio de la potestad tarifaria.

La sentencia 185/1995 ha sido objeto de una especial atención por la doctrina iuspublicista.¹⁷ En general, se

carácter de generalidad la coactividad en el uso de las autopistas de peaje".

15. *Op. cit.*, p. 387. Para este autor, en todo supuesto de prestación patrimonial de carácter público debe aplicarse el régimen tributario, ya que "la única figura prevista por el legislador capaz de cumplir las exigencias derivadas de la reserva de ley es el tributo, siendo la tasa el tributo cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades públicas".

16. *Op. cit.*, p. 434.

17. No es nuestra intención analizar dicha sentencia en profundidad. Nos remitimos a la abundante doctrina, contenida entre otros en los siguientes trabajos: volumen colectivo *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, IEF, Madrid, 1991; AGÜALLO, A., *Tasas y precios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 1992; RAMALLO, J., "La reordenación de los precios públicos locales", REALA, 268, 1995, y "Tasas, precios públicos y precios privados", REDF, 90, 1996.

ha destacado la fuerza expansiva del nuevo concepto de prestación patrimonial de carácter público, y se ha exigido la aplicación de los principios contenidos en la sentencia a toda prestación patrimonial coactiva, sea cual sea su régimen jurídico y la persona que reciba dicha prestación. Por nuestra parte, no pretendemos ahora corregir esta interpretación expansiva, pero sí nos interesa poner de manifiesto que dentro del concepto *prestación patrimonial de carácter público* se incluirán precios coactivos de distinta naturaleza, ejercicio de diversas potestades, por lo que la aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional debe ser también matizada. Del contenido de la sentencia deben ser destacadas, a nuestro juicio, dos cuestiones. Por un lado, la nota de la coactividad no se vincula a un régimen de Derecho público. Aunque sobre este punto la sentencia no es muy precisa, lo cierto es que parece admitir la indiferencia del régimen jurídico. Así, en el FJ 3.a) afirma que “el sometimiento de la relación obligacional a un régimen jurídico de Derecho público no es suficiente por sí solo para considerar que la prestación patrimonial así regulada sea una prestación de carácter público en el sentido del artículo 31.3 de la CE”.

Por otro lado, tampoco es determinante que el receptor de la prestación sea una administración o sujeto público. La STC 182/1997 califica de prestación patrimonial de carácter público la prestación por incapacidad laboral transitoria, prestación que se impone a los empresarios a favor de los trabajadores en determinados supuestos. Para el Tribunal, lo que exige el artículo 31.3 de la CE es que la prestación sea impuesta por un poder público, persiga una finalidad pública y tenga carácter coactivo, con independencia del carácter público o privado de quien recibe la prestación.

En definitiva, y de forma muy resumida, puede concluirse que en la STC 185/1995, a partir de la impugnación del nuevo concepto de precio público que incorporó el Derecho tributario, se construye la categoría de prestación patrimonial de carácter público del artículo 31.3 de la CE. Esta categoría incluye toda obligación de pago impuesta por el poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamada a satisfacerla, sin que sea determinante que se establezca por un régimen de Derecho público o privado, y sin que tampoco sea un elemento necesario el que la prestación se ingrese en un presupuesto público.

La segunda gran aportación de la sentencia es la exigencia del cumplimiento del principio de reserva legal, para lo que parte (y éste es un dato significativo) del principio de legalidad en materia tributaria. Así, en el FJ 3 se afirma que “como hemos declarado en múltiples resoluciones, el principio de legalidad en materia tributaria responde en su esencia a la vieja idea, cuyo ori-

gen se remonta a la Edad Media, de garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los entes públicos sean precisamente consentidas por sus representantes; la reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano (STC 19/1987)”. Más adelante se retoma en el FJ 5 el alcance de la reserva legal (partiendo de nuevo de la reserva de ley en materia tributaria), para señalar que “la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo debe llevarse a cabo mediante una ley. También hemos advertido que se trata de una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento siempre que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley y siempre que la colaboración se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad. El alcance de la colaboración estará en función de la diversa naturaleza de las figuras jurídico-tributarias y de los distintos elementos de las mismas”. Modula a continuación la intensidad de la colaboración del reglamento, que entiende será amplia si se trata de un precio público por la utilización del dominio público, pero limitada en el caso de los tributos, pues sólo el legislador posee la facultad de determinar libremente cuáles son los hechos imponible y qué figuras jurídico-tributarias prefiere aplicar en cada caso.

La construcción general finaliza con la siguiente afirmación: “No obstante, lo que sí es cierto es que, para *considerar cumplido el principio de legalidad tributaria* no basta con que una ley prevea la figura abstracta de los precios públicos y defina, también en abstracto, sus elementos esenciales, puesto que, como hemos reiterado, este principio exige que sea también la ley la que contenga la creación concreta o establecimiento de los diversos precios públicos que, en aplicación de esta figura abstracta, los entes públicos competentes estimen conveniente. Entre la previsión abstracta de la categoría de los precios públicos y el establecimiento y aplicación a los casos concretos de los diversos tipos de precios debe existir una *interpositio legislatoris*, creando los tipos concretos de precios públicos” [FJ 6.a)].

Por último, al tratar del elemento de la cuantía [FJ 6.c)], la sentencia introduce el factor de la diversidad posible de prestaciones patrimoniales de carácter público, para afirmar que “para determinar la medida en que la ley debe regular directamente los elementos configuradores de la cuantía o, por el contrario, pueda

atribuir su regulación a normas infralegales, es preciso atender, como hemos apuntado anteriormente, a la naturaleza de la prestación patrimonial de que se trate”.

La STC 185/1995 construye un concepto amplio de prestación patrimonial de carácter público y vincula al mismo la exigencia de reserva legal. A continuación centra su construcción en el objeto de la sentencia, objeto que estima es una cuestión de naturaleza tributaria.

Esta aproximación a la STC 185/1995 permite formular algunas consideraciones críticas sobre el alcance de la misma.

3.1. La nota de la coactividad

La nota de la coactividad es un elemento esencial del concepto de prestación patrimonial de carácter público, y al mismo dedica especial atención la STC 185/1995 [FJ 3.a) y b)]. El problema es que esta nota se define en base a condiciones que contienen conceptos jurídicos indeterminados (que la prestación sea “objetivamente indispensable para satisfacer necesidades básicas”),¹⁸ y, además, requiere comprobar si existe o no competencia en la prestación del servicio, pues si existe concurrencia no podrá hablarse de coactividad.

Por tanto, en el momento de la aplicación, pueden suscitarse importantes dudas sobre la concurrencia o no del elemento de la coactividad. Por ejemplo, en el conflictivo caso de las tarifas portuarias, anuladas por una discutible jurisprudencia ordinaria. En este caso no se tuvo en cuenta que “puede objetarse, no obstante, que tal coactividad no se produce, que el armador puede elegir entre operar en un puerto u otro, incluso acudiendo a puertos de otros países comunitarios, o que en materia de transportes existe competencia intermodal”.¹⁹ De igual modo, podría cuestionarse si la tarifa de una autopista es o no coactiva en función de la existencia o no de trayecto alternativo. Así lo apunta el Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de abril de 2001, Aranzadi 4719 *in fine*, pero sin extraer ninguna consecuencia (“sin que esté de más señalar que aparte este componente claramente comercial, que está en función de la magnitud de las cargas y obligaciones que asume la entidad concesionaria, tal como se plasma en el plan económico y

financiero a que hacen referencia las sentencias citadas, es difícil afirmar con carácter de generalidad la coactividad en el uso de autopistas de peaje”).²⁰

3.2. El alcance de la reserva legal

La exigencia del principio de legalidad tributaria, cuando se traslada en su aplicación al concepto amplio de prestación patrimonial de carácter público, debe ser matizada en un doble sentido.

Por una parte, este principio no puede desconocer la potestad tributaria local y la posición de la ordenanza local en el sistema de fuentes.²¹

En este sentido, la STC 233/1999, de 16 de diciembre, ya salió al paso de esta cuestión, para afirmar la necesidad de diferenciar una doctrina elaborada en relación con tributos de ámbito estatal del supuesto de tributos propios que integran la hacienda de las entidades locales. En este caso, el Pleno de la corporación local cumple con el requisito de que la medida coactiva se acuerde por la propia colectividad, que de este modo se autoimpone la carga. Por ello, satisface la razón de ser del principio de reserva legal. Consecuentemente, se concluye que la remisión de la ley a la ordenanza local puede ser mucho más amplia, siempre que la ordenanza se apruebe por el Pleno de la corporación (FJ 10).

Por otra parte, como hemos destacado de forma reiterada, la STC 185/1995 se refiere al ejercicio de la potestad tributaria. Si bien la doctrina que se elabora tiene un alcance más general en la medida en que construye un concepto amplio de prestación patrimonial de carácter público, no debe olvidarse que cuando se concreta esta propia doctrina al supuesto enjuiciado se refiere a los elementos propios de la tasa o precio público. Por ello, al señalar los elementos que debe contener la ley, la sentencia se refiere a los elementos del tributo (creación, hecho imponible, cuantía o tarifa), pero no debe extenderse esta referencia a todos los casos de prestación patrimonial de carácter público. En este sentido, por ejemplo, cuando se refiere a la cuantía de la prestación, la misma sentencia señala expresamente que deberá estarse al tipo concreto de prestación patrimonial de carácter público. Por tanto, el alcance de la reserva

18. Vid. VILLAR ROJAS, F., p. 52.

19. Así lo admite VILLAR ROJAS, F., *Tasas...*, *op. cit.*, p. 76, a lo que añade la diferencia entre puertos peninsulares o no peninsulares. No obstante, al comprobar que podría cuestionarse la doctrina general sobre la nulidad de estas tarifas, el citado autor da un salto argumental para justificar la coactividad en el carácter demanial de los puertos, lo que puede justificar la coactividad de la tasa por uso del demanio, que no de los servicios portuarios prestados a partir de la infraestructura portuaria. Sobre las tarifas portuarias, vid. BARQUERO ESTEVAN; GARCÍA MARTÍNEZ, “Las tarifas y cánones portuarios

desde la perspectiva de la reserva de ley”, *Revista Técnica Tributaria*, 51/2000, y PALAO TABOADA, *op. cit.*, p. 456.

20. Otros supuestos discutibles, en los que no se ha aplicado la doctrina del Tribunal Constitucional pese a ser prestaciones coactivas, serían las cuotas y visados colegiales. Vid. la STS de 19 de febrero de 1998, 1400, y 12 de diciembre de 2000, Aranzadi 99 de 2001, así como VILLAR ROJAS, F., *op. cit.*, p. 80, nota 86.

21. Sobre esto último, vid. GALÁN Y GALÁN, A., *La potestad normativa local*, Atelier, Barcelona, 2001, y BLASCO DÍAZ, J. M., *Ordenanza municipal y ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

legal y la posible remisión al reglamento poseen intensidad muy diversa.

Lo expuesto nos lleva a concluir que el contenido de la STC 185/1995 debe interpretarse en sus justos términos, sin dar a su contenido la misma fuerza en relación con las diversas figuras de prestaciones patrimoniales de carácter público.

Por tanto, el contenido de la sentencia tiene una aplicación directa y general en relación con los tributos, ya sean tasas o precios públicos. En estos casos, no hay duda de que estamos ante una prestación patrimonial de carácter público y que debe exigirse el cumplimiento del principio de reserva legal en los términos construidos por la doctrina tributaria y que el Tribunal Constitucional recoge.

La situación es diversa en el caso de las tarifas, como precio privado que no ingresa en las arcas públicas, y que se fija por la Administración en ejercicio de su potestad tarifaria. En este supuesto, habrá que analizar en primer lugar si la tarifa es o no prestación patrimonial de carácter público, atendiendo para ello a su carácter coactivo. Si se da el elemento de la coactividad, la tarifa deberá calificarse como prestación patrimonial de carácter público, en la medida en que su fijación, a pesar de su configuración cuasi-contractual, responde a un fin de interés público y posee la nota de la coactividad, siendo irrelevante a estos efectos que el ingreso vaya destinado a un presupuesto privado.

En el caso de que se concluya que la tarifa es una prestación patrimonial de carácter público, sin embargo, no por ello deberá aplicársele el régimen general tributario, ya que la tarifa es el resultado de una diversa potestad. Por ello, la aplicación del principio de reserva legal, que como dijimos es la consecuencia de la STC 185/1995, deberá hacerse de forma diversa. Será necesario que una ley habilite a la Administración para fijar y exigir la tarifa, pero no será necesario que la misma se determine siguiendo los criterios de la materia tributaria. Bastará con que la ley establezca los principios generales a que debe someterse la Administración en el proceso de negociación de la tarifa, que finalmente se contendrá como un elemento del negocio contractual, así como los criterios para proceder a su modificación. En principio puede afirmarse que las leyes que regulan los diversos servicios públicos cumplen con esta exigencia.

4. El artículo 2.2 de la Ley general tributaria

La Ley general tributaria de 2003, como ya hemos señalado, va a incidir de nuevo en la polémica sobre los conceptos de tasa y tarifa.

El artículo 2 de la nueva ley establece que:

“1. Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

“Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.

“2. Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos:

“a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

“Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de Derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público.”

El apartado final del artículo 2.2.a) tiene su origen en la doctrina del Tribunal Constitucional. Este párrafo no existía en el Proyecto de ley del Gobierno, y fue introducido en el trámite parlamentario mediante la aceptación de dos enmiendas (la número 16 de IU y la número 266 de CiU) coincidentes en su tenor y en motivación. La motivación es muy significativa: “se propone dicha enmienda por considerar –siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 185/1995 y 233/1999– que es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de tasa resulta obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria, por ser necesario o no prestarse por el sector privado.”²²

La importancia del nuevo artículo 2.2 de la Ley general tributaria es evidente.²³ De acuerdo con su redacción literal, parece que la contraprestación por la prestación de un servicio de titularidad pública será siempre una tasa, sea cual sea la modalidad de gestión. La tarifa como remuneración del concesionario o de la empresa privada de capital público ha

22. Tomo la referencia del debate parlamentario de VILLAR ROJAS, *op. ult. cit.*

muerto y ya sólo queda organizarle un buen funeral. La doctrina tributarista no ha visto en general con malos ojos esta nueva redacción.

El propio Tribunal Constitucional ha hecho ya referencia a este nuevo precepto. Así, en la sentencia 102/2005, de 20 de abril, se afirma lo siguiente:

“Pero aún podemos precisar más: si, conforme a la doctrina de este Tribunal, los ‘tributos, desde la perspectiva constitucional, son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos’ (STC 182/1997, F 15), no cabe la menor duda de que, con independencia de la calificación formal que les otorga la Ley 27/1992 (STC 233/1999, F 18), las llamadas ‘tarifas’ por servicios portuarios constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria. Y son tributos, con independencia de que los denominados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad Portuaria de forma directa o indirecta, tal y como se desprende, en la actualidad, del párrafo segundo del artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, que, a los efectos de calificar a las prestaciones patrimoniales satisfechas por los ciudadanos a las administraciones públicas como tasas, dispone que ‘se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de Derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público.’”

Pues bien, lo que nos interesa es analizar si en el ámbito de los servicios locales la tarifa ha muerto o aún goza de buena salud.

5. Las tarifas de los servicios públicos locales. Supervivencia de la figura

Con anterioridad a la Ley general tributaria, y posteriormente a la doctrina del Tribunal Constitucional iniciada en la sentencia 185/1995, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantenía la distinción entre potestad tributaria y tarifaria, y entre tasa y tarifa. El concepto de prestación patrimonial de Derecho público se limitaba a los ingresos de Derecho público, entendiéndose por ello los ingresos exigidos por entes de Derecho público y que pasaban a formar parte de su presupuesto. Por tanto, los precios del servicio exigidos por concesionarios o entidades mercantiles de

capital privado se calificaban de tarifas y quedaban fuera del Derecho tributario.

Como ya expusimos, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1998, Aranzadi 1094, seguida por otras muchas, y que ya tuvo en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, dijo que “las tasas se regulan abstractamente en la normativa propia de los ingresos de Derecho público, se imponen, ordenan y especifican de acuerdo con dicho régimen jurídico, pueden exigirse por la vía de apremio y se impugnan a tenor de lo expuesto en las reglas tributarias”. Por el contrario, la tarifa del concesionario “no son tasas ni prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del artículo 31.3 de la CE, sino contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario que éste hace suyas por título de Derecho privado”.

La novedad que introduce el artículo 2.2 de la Ley general tributaria de 2003 es la precisión legal de lo que deba entenderse por “prestación en régimen de Derecho público”. De acuerdo con dicho precepto esta expresión incluye cualquier forma de prestación de un servicio público de titularidad pública prevista en la legislación administrativa. El régimen de Derecho público hace referencia, por tanto, a la existencia de un servicio público de titularidad pública. Quedan fuera los servicios económicos de interés general, las prestaciones realizadas por actividades privadas reglamentadas.

El legislador ha querido que la forma de prestar el servicio no permita huir de la doctrina del Tribunal Constitucional, y para ello ha convertido en tasa toda contraprestación de servicio público coactivo. Pero, como apuntamos, la doctrina del Tribunal Constitucional a lo que obliga es a que cuando se imponga de forma coactiva una prestación se apliquen los elementos esenciales de la categoría prestación patrimonial de Derecho público, no que se deba acudir necesariamente a la figura tributaria de la tasa.

La consecuencia de lo dispuesto en el artículo 2.2 citado parece ser que en todo tipo de servicio público local la contraprestación deba ser una tasa, de forma que el ingreso vaya a la Administración y ésta abone el servicio al concesionario. Sería en todo caso el modelo propio del servicio de recogida de basuras aunque se preste por concesionario. Pero ¿ciertamente es esta la conclusión que debe extraerse del artículo 2.2 de la Ley general tributaria?

A nuestro entender,²⁴ de lo dispuesto en la Ley general tributaria no se desprende de forma automá-

23. La doctrina en general ha valorado positivamente la redacción del artículo 2.2 de la Ley general tributaria y no ha cuestionado la desaparición de la figura de la tarifa. Vid. PALAO TABEADA, *Comentario sistemático a la nueva Ley general tributaria*, CEF, 2004, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “La tasa como contraprestación

de los servicios públicos locales a la luz de la nueva Ley general tributaria”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 19, 15 de octubre de 2004.

24. Seguimos en este punto el trabajo ya citado de VILLAR ROJAS, F., “Dictamen...”, *op. cit.*

tica y obligada que en los servicios públicos locales haya desaparecido la tarifa como forma de contraprestación del concesionario o empresa pública mercantil. Es decir, entendemos que subsiste la doctrina antes citada del Tribunal Supremo. Y ello en base a dos argumentos.

A. El primer argumento se refiere a la teoría de las fuentes y al ámbito de aplicación de la Ley general tributaria.

Esta ley introdujo un nuevo concepto de tasa que, en principio, incluye la contraprestación que pueda recibirse por la prestación de todo servicio público, sea cual sea la forma de prestación. Pero debe admitirse que la regulación de las haciendas locales siempre ha tenido una regulación propia, y no está sujeta a la primacía de lo que se disponga en la Ley general tributaria. Debemos pues examinar la relación existente entre la Ley general tributaria y la Ley de haciendas locales.

La Ley general tributaria tiene una clara vocación de marco común del sistema tributario español, como se desprende de su artículo primero. Su disposición adicional cuarta pareció querer salvar tan sólo del régimen local singular lo relativo al régimen de recursos. Pero también es cierto que con posterioridad se aprobó el Texto refundido de la ley de haciendas locales, 2/2004, de 5 de marzo (si bien entró en vigor con anterioridad a la Ley general tributaria, ya que esta última entró en vigor el primero de julio de 2004, y el Texto refundido lo hizo el 10 de marzo).

El RDL 2/2004 no hace expresa referencia en su exposición de motivos a la Ley general tributaria, y sí hace referencia a la anterior legislación en materia de haciendas locales. Por otra parte, en su artículo primero atribuye a sus preceptos la naturaleza de bases del régimen jurídico-financiero de la Administración local, preceptos dictados en ejercicio de la competencia estatal del artículo 149.1.18 de la CE.

Puede por tanto concluirse que la contraprestación de los servicios públicos locales se regirá por lo dispuesto en el RDL 2/2004, en tanto esta norma es ley aprobada con posterioridad y ley especial, frente a la Ley general tributaria, y se mantiene en la tradición de la singularidad del régimen de las haciendas locales. Al ser una ley estatal que se define como básica no debe sujetarse al contenido de las bases establecidas en otra ley estatal.

Si se admite la aplicabilidad del RDL 2/2004 (por otra parte no cuestionado), debemos examinar si en el mismo encontramos un concepto de tasas diverso del de la Ley general tributaria. En este sentido, el artículo 20 del RDL 2/2004 mantiene el concepto de tasas anterior a la Ley general tributaria de 2003, de forma que estima que la tasa requiere “la prestación de un servicio público o la realización de una actividad pri-

vada en régimen de Derecho público de competencia local”, sin definir después qué debe entenderse por “en régimen de Derecho público”.

¿Debemos estar, por tanto, a la definición de este concepto según la Ley general tributaria? Creemos que no en base al argumento de que si el legislador del RDL hubiera querido incluir esta definición en el concepto de tasas debió haberlo hecho de forma expresa y no lo hizo. Y debió hacerlo ya que ello suponía romper con la tradición del concepto de tasa en la legislación local. Por otra parte, la redacción del artículo 20.4.) del RDL 2/2004 parece reforzar esta apreciación de que el legislador de 2004 mantuvo el criterio tradicional. Así, se califica de tasa la contraprestación que pueda exigirse por el servicio de “distribución de agua, gas, electricidad y otros abastecimientos públicos incluidos los derechos de enganche, de líneas y colocación y utilización de contadores e instalaciones análogas, cuando tales servicios o suministros sean prestados por entes locales”. La referencia a la prestación por entes locales parece indicar prestación en forma jurídico-pública, dejando al margen la prestación en régimen de Derecho privado.

B. El segundo argumento parte del propio artículo 2.2 de la Ley general tributaria de 2003. Es posible entender que el citado precepto trata de permitir que también en los supuestos en que un servicio público se preste por concesionario o empresa pública mercantil se pueda financiar la prestación mediante tasas, que en este caso cobrará directamente el titular del servicio, que abonará después a la entidad que preste el servicio la correspondiente subvención.

De esta forma se ofrece a la Administración titular del servicio la posibilidad de optar por un régimen tarifario o tributario. Esta interpretación permite integrar armónicamente la Ley general tributaria y el RDL 2/2004, y ofrece una solución más razonable para una buena gestión de los diferentes servicios públicos, al permitir adecuar su financiación a uno u otro sistema.

Si se admite esta tesis, y por tanto la supervivencia de la tarifa, no debe olvidarse que ello no supone desconocer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto de prestación patrimonial de carácter público. Si el servicio público comporta una prestación patrimonial coactiva, deberá tenerse en cuenta la exigencia de la reserva legal. Pero no la imposición necesaria del régimen tributario, sino del régimen jurídico elaborado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de prestaciones obligatorias. La tarifa encuentra su cobertura en la legislación general de régimen local que se ocupa de las formas indirectas de prestación de servicios públicos. ■

El conflicto en defensa de la autonomía local

Enric Fossas

*Profesor titular de Derecho Constitucional (UAB).
Letrado del Tribunal Constitucional*

1. Introducción.
2. Un proceso reivindicado por el mundo local e “ideado” por el Consejo de Estado.
3. Algunos aspectos problemáticos de la regulación legal del proceso.
 - 3.1. La naturaleza del “conflicto” como proceso constitucional.
 - 3.2. Los requisitos de legitimación activa.
 - 3.3. El canon de enjuiciamiento.
 - 3.4. El diseño procesal: la compleja tramitación y la doble sentencia.
4. La práctica del conflicto en defensa de la autonomía local: algunos resultados.
5. A modo de conclusión.

1. Introducción

La creación en nuestro ordenamiento de un nuevo proceso constitucional destinado a la protección de la autonomía local suscitó en su día gran interés por parte de constitucionalistas y administrativistas, incluso antes de la aprobación de la Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), mediante la cual se incorporó a la jurisdicción constitucional el llamado “conflicto en defensa de la autonomía local”. Una vez dicha ley entró en vigor, los trabajos dedicados a su estudio manifestaron tempranamente dudas y perplejidades sobre su contenido, y formularon juicios críticos ante la regulación que aquélla había hecho del procedimiento, especialmente en sus aspectos procesales. De hecho, la introducción de este nuevo “conflicto”, convertido en una de las “materias” de las que conoce el Tribunal Constitucional, sigue planteando no pocas cuestiones teóricas, algunas de gran calado, que aquí sólo pueden apuntarse: desde la misma concepción de la autonomía local garantizada por la Constitución (artículos 137 y 140 de la CE) hasta los límites constitucionales del legislador orgánico para delimitar el ámbito de la jurisdicción constitucional [artículo 161.1.d) de la CE], pasando por la relación entre las fuentes (estatutos de autonomía, leyes estatales y leyes autonómicas) reguladoras del régimen local (artículo 149.1.18 de la CE) o la “identidad” de los distintos procesos que integran la jurisdicción constitucional en España.

Por otra parte, la creación del nuevo proceso constitucional levantó expectativas en el mundo local, ya que formaba parte de sus reivindicaciones políticas: el “conflicto” suponía disponer de un instrumento para la defensa de su autonomía frente al legislador, permitiendo el acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional. Sin embargo, creo que tales expectativas se han visto defraudadas, lo cual es comprensible a la vista del balance que arroja su aplicación.

En estas líneas trataré de demostrar que las críticas y las decepciones suscitadas por el nuevo proceso constitucional se explican por la relación que existe entre la gestación del conflicto en defensa de la autonomía local, su configuración legal, y el resultado de su aplicación.

2. Un proceso reivindicado por el mundo local e “ideado” por el Consejo de Estado

Con anterioridad a la aprobación de la Ley orgánica 7/1999, los entes locales disponían en nuestro ordenamiento, y siguen disponiendo aún, de mecanismos de defensa de la autonomía local frente a invasiones

provocadas por actos o normas infralegales, que se sustancian ante el Poder Judicial. Por otra parte, las entidades locales podían y pueden también alegar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley si consideran que aquéllas lesionan su autonomía constitucionalmente garantizada, pero tan sólo ante la jurisdicción ordinaria como parte en un proceso en el que pueden instar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Frente a las pretensiones de los entes locales de acceder a la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional reaccionó siempre negativamente. Así, en sus primeros pronunciamientos ya declaró que en nuestro ordenamiento la proclamación constitucional de la autonomía de municipios y provincias no va acompañada, como en otros, de la atribución “de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de ley” (STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 5; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 1). Se refería así el Tribunal a países como Austria, Suiza o Alemania, en los que la justicia constitucional sí dispone de instrumentos de defensa de la autonomía local, si bien procesalmente presentan grandes disparidades entre ellos.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha sido estricta en relación con el recurso de inconstitucionalidad: “el artículo 162.1 de la Constitución y su derivado el artículo 32 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional han precisado la concesión de la *legitimatio ad causam* de manera expresa y concreta [...] adoptándose, por tanto, un sistema de *numerus clausus*, taxativo y riguroso” (ATC 6/1981, de 14 de enero, FJ 2; STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 2; 42/1985, de 15 de marzo, FJ 2). Según el Tribunal, ni tan siquiera sería constitucionalmente admisible la personación de los entes locales como coadyuvantes en dicho proceso puesto que “de la lectura de los artículos 32 y 34 [de la LOTC] claramente se infiere que, en principio, no son posibles otras personaciones en el recurso de inconstitucionalidad que las de los expresamente legitimados por dichos preceptos” (ATC 172/1995, de 6 de junio, FJ 4).

Por otra parte, la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad tampoco permite a los entes locales gozar de legitimación para su planteamiento, pues sólo puede ser promovida por jueces y tribunales (artículo 35.1 de la LOTC) ya que “el artículo 35 de la LOTC no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 163 de la CE, sino únicamente la facultad de instarlo de los órganos judiciales” (por todas, 130/1994, de 9 de mayo, FJ 2). Los municipios y provincias, como partes en un proceso, sólo pueden instar el planteamiento de una cuestión de inconsti-

tucionalidad de una norma con fuerza de ley que estimen vulneradora de la autonomía local.

Cerradas las vías de impugnación de leyes ante el Tribunal Constitucional mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad previstos hasta 1999 en la Constitución y en la LOTC, y cerrada también la vía del recurso de amparo (desde luego contra leyes) a los entes locales, al no ser la autonomía local un derecho fundamental, su acceso a la jurisdicción constitucional se reducía a la intervención excepcional como coadyuvantes en los conflictos de competencia cuya resolución pudiera afectarles (ATC 173/1986 y 55/1988).

Así las cosas, la introducción en el ordenamiento español de un proceso constitucional específico destinado a la protección de la autonomía local tuvo su origen en las reivindicaciones de las asociaciones de municipios y provincias, y en la influencia de una cierta doctrina municipalista que denunciaba la insuficiente protección jurisdiccional de la autonomía local, y la conveniencia de abrir una vía procesal para que las entidades locales pudieran defenderla frente al legislador ante el Tribunal Constitucional. Para ello se invocaba, entre otros argumentos, la Carta Europea de la Autonomía Local (Estrasburgo, 15 de octubre de 1985), aprobada y ratificada por España el 20 de enero de 1988, cuyo artículo 11 establece que “las entidades locales deben disponer de una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias y el respeto a los principios de autonomía local consagrados en la Constitución o legislación interna”.

Por motivos diversos, la propuesta de introducir una vía jurisdiccional ante el Tribunal Constitucional destinada a la defensa de la autonomía local necesitó algunos años para prosperar. Como es sabido y está documentado, la idea apareció en el contexto del profundo debate político en torno al gobierno local que se inició en España a partir de 1992. También es conocido que las demandas de los entes locales españoles se encauzaron fundamentalmente a través de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), y se sintetizaron bajo la expresión “Pacto Local” (1996), en el que se contemplaban tanto reformas legislativas como simples medidas administrativas e iniciativas políticas. El “documento base” para la negociación (de 24 de septiembre de 1996) preveía el reforzamiento del gobierno local en tres grandes ámbitos materiales, uno de los cuales se refería a la organización de las instituciones generales del Estado, en el que se contemplaba la reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional para incluir una vía procesal específica para la defensa de la autonomía local. El proceso de negociación culminó el 21 de abril de 1999 con la adopción por el Gobierno del

acuerdo conocido como “Medidas para el Desarrollo del Gobierno Local”. La ejecución del “Pacto Local” se plasmó, desde la perspectiva competencial del Estado, en seis iniciativas legislativas, la mayor parte relativas a cuestiones secundarias de la gestión local: régimen electoral, derecho de reunión, algunos aspectos de la educación, protección de la seguridad ciudadana, régimen del tráfico, circulación de vehículos de motor, seguridad vial, y aguas. El problema más acuciante del régimen local, la financiación de los Municipios y Provincias, no fue abordado en las modificaciones legislativas. En cambio, una de las medidas adoptadas fue la ya citada Ley orgánica 7/1999, que introdujo el conflicto en defensa de la autonomía local en la LOTC [artículo 2.d)], y de cuya elaboración cabe destacar algunos aspectos que pueden explicar la solución finalmente adoptada.

Desde el primer momento el Gobierno barajó dos opciones o modelos distintos: un conflicto frente a actos y disposiciones infralegales, o un recurso frente a leyes. Ambas presentaban inconvenientes: la primera, el numeroso volumen de conflictos que previsiblemente debería resolver el Tribunal Constitucional, asumiendo funciones de la jurisdicción ordinaria; la segunda, su posible inconstitucionalidad por implicar una ampliación de los sujetos legitimados para el recurso de inconstitucionalidad ex artículo 162.1.a) de la CE. En realidad, el Gobierno llegó a presentar dos anteproyectos ante el Consejo de Estado, ninguno de los cuales sería finalmente el enviado a las Cortes Generales, puesto que el texto remitido contenía una tercera opción, resultado de la propuesta realizada por el Consejo en su Dictamen número 2484/1998, de 18 de junio de 1998, donde señaló que “cabe idear un sistema que parte de la posibilidad de configuración legal de nuevas competencias del Tribunal Constitucional sin que interfieran los procedimientos ya previstos, pero aprovechando, a la par, mecanismos ya conocidos de actuación de la jurisdicción constitucional” (Consideraciones generales, 4). El mecanismo jurisdiccional pensado como solución fue la llamada “autocuestión” (artículo 55.2 de la LOTC), de modo que el “conflicto”, como se verá, consiste en un proceso que puede desdoblarse en dos: un primer proceso de impugnación directa de leyes (estatales o autonómicas) que, en caso de estimarse, culmina en una sentencia del Pleno sólo declaratoria de la vulneración de la autonomía local; y un segundo proceso que, una vez declarada dicha vulneración, y en caso de que el Pleno decida elevar al Pleno una cuestión (autocuestión) de inconstitucionalidad, ésta puede desembocar en una segunda sentencia en la que el Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto impugnado.

Junto a esta fórmula procesal, ciertamente compleja y enrevesada, que hace necesario un doble pronunciamiento para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal impugnada, la Ley finalmente aprobada contiene una regulación muy estricta de los requisitos de legitimación de los entes locales para promover el conflicto, y establece una tramitación costosa y compleja del proceso. Estos datos revelan que el legislador pretendió dar respuesta a distintos objetivos, difíciles de conciliar: en primer lugar, responder a las reivindicaciones municipalistas y proteger a los entes locales frente al legislador, permitiendo su acceso al Tribunal Constitucional para defender la autonomía local; en segundo lugar, distinguir el conflicto en defensa de la autonomía local respecto de otros procesos constitucionales a fin de esquivar los mencionados límites que la misma Constitución establece en relación con la legitimación activa en los procesos de declaración de inconstitucionalidad; y en tercer lugar, evitar una afluencia masiva de conflictos planteados por parte de municipios (más de 8.000) y provincias (43) ante un Tribunal Constitucional ya saturado de recursos de amparo, y con una dilación en la resolución de los asuntos de Pleno que puede alcanzar hasta los diez años. La voluntad de dar respuesta a tales exigencias explica muchos de los aspectos de la regulación que finalmente adoptó en la Ley orgánica 7/1999, algunos de los cuales comentaré seguidamente.

3. Algunos aspectos problemáticos de la regulación legal del proceso

3.1. La naturaleza del “conflicto” como proceso constitucional

La primera cuestión que suscitó la incorporación a la LOTC del conflicto en defensa de la autonomía local fue la de su propia naturaleza o identidad como proceso constitucional. Según la exposición de motivos de la Ley orgánica 7/1999, ésta regula “al amparo de lo previsto en el artículo 161.1.d) de la Constitución [...] un nuevo procedimiento [...]”. Con ello, el legislador expresa su voluntad de configurar un proceso nuevo, que no pueda concebirse como una variante de alguno de los que en aquel momento formaban parte de la jurisdicción constitucional en nuestro ordenamiento, de acuerdo con la misma Constitución y la LOTC.

En efecto, a pesar de ser denominado legalmente “conflicto”, y de su ubicación en el título IV de la LOTC, el nuevo proceso es difícilmente equiparable a los “conflictos constitucionales” por diversas razones. La primera es que en su actual regulación las controversias constitucionales se plantean exclusivamente entre los sujetos identificados expresamente en el

artículo 59.1 de la LOTC, a saber, el Estado, las comunidades autónomas, y los “órganos constitucionales del Estado”, entre los que no se encuentran los municipios ni las provincias, que se designan separadamente en el artículo 59.2 de la LOTC, redactado conforme a la Ley orgánica 7/1999. La segunda es que, a diferencia de los conflictos regulados en el referido título IV de la Ley orgánica, el nuevo proceso no tiene por objeto la reivindicación de competencias o *vindictio potestatis*, que es la característica esencial de aquéllos (aunque no sea su único y exclusivo elemento definidor) tanto en los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas o de éstas entre sí (STC 195/2001, de 4 de octubre, FJ 2) como en los conflictos entre órganos constitucionales del Estado (STC 45/1986, de 17 de abril, FJ 1, y 234/2000, de 3 de octubre, FJ 4 y 6). El nuevo procedimiento no comparte, pues, la naturaleza conflictual de los procesos previstos en el artículo 59.1 de la LOTC, ya que la autonomía local, como señaló tempranamente el Tribunal, goza en la Constitución (artículos 137 y 140 de la CE) de una garantía institucional “que no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), lo que incluye elementos configuradores de esa posición jurídica de los entes locales que no se refieren a su ámbito de competencias, como también ha reconocido la jurisprudencia constitucional. Consecuencia de lo anterior es que el proceso constitucional creado como “vía para la defensa específica de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional” (exposición de motivos) puede entablarse por los entes locales sin contener una reivindicación competencial, puesto que su finalidad es impugnar directamente normas con rango de ley exclusivamente con base en una pretendida “lesión” de la autonomía local garantizada por la Constitución, la cual se traduce, entre otras manifestaciones, en un “contenido competencial mínimo” garantizado como imperativo de aquélla (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 4), y que el legislador debe respetar.

Por otra parte, a pesar de que el conflicto en defensa de la autonomía local constituye un proceso constitucional mediante el cual se impugnan directamente normas con fuerza de ley, tampoco puede ser considerado una modalidad del recurso de inconstitucionalidad [artículo 161.1.a) de la CE], que junto a la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 de la CE) conforman los “procedimientos de declaración de inconstitucionalidad” regulados en el título II de la LOTC, y que más allá de sus rasgos específicos, constituyen ambos “un instrumento destinado pri-

mordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución” (STC 17/1981 de 1 de junio, FJ 1). El principal obstáculo para ello, como ya se ha explicado, radica en que la configuración constitucional de aquellos procesos excluye radicalmente la posibilidad de que los entes locales intervengan en ellos.

En relación con la cuestión de inconstitucionalidad, tampoco debe inducir a error la disposición del artículo 75. quinquies.6 de la LOTC, según la cual el Pleno puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley que previamente ha declarado, en una primera sentencia, que vulnera la autonomía local constitucionalmente reconocida, ordenando seguir para su sustanciación el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes de la LOTC, que regulan la cuestión de inconstitucionalidad. Ciertamente, este segundo proceso al que puede dar lugar el conflicto en defensa de la autonomía local guarda alguna similitud con la llamada “autocuestión” o “cuestión interna de inconstitucionalidad” (artículo 55.2 de la LOTC), también sustanciada por el procedimiento del artículo 37 y siguientes de la LOTC. Sin embargo, al margen de la coincidencia en el aspecto estrictamente procesal, nada permite asimilar la cuestión prevista en el artículo 75. quinquies.6 de la LOTC con la regulada en el artículo 55.2 de la LOTC: la primera se plantea por el Pleno sobre una ley impugnada directamente por los entes locales, y que el mismo Pleno previamente ha declarado que vulnera la autonomía local; la segunda se eleva al Pleno por la sala sobre una ley aplicada por ésta al conocer y estimar un recurso de amparo, si entiende que aquella norma lesiona derechos fundamentales o libertades públicas.

La Ley orgánica 7/1999 ha creado el nuevo proceso al amparo de la cláusula del artículo 161.1.d) de la CE, que habilita al legislador orgánico para atribuir a la jurisdicción del Tribunal Constitucional la competencia para conocer “de las demás materias” no contempladas en los apartados a), b) y c) del artículo 161.1 de la CE, ni en otros preceptos del texto constitucional. Tales disposiciones constituyen un límite para el legislador orgánico, que no está apoderado ex artículo 161.1.d) de la CE para suprimir ni para modificar la identidad de los procesos constitucionales regulados directamente en el mismo texto constitucional. La habilitación al legislador orgánico le permite añadir a, y suprimir de, la jurisdicción constitucional procesos no contemplados en la Constitución, y así se ha hecho en diversas ocasiones desde la misma aprobación de la LOTC, que instauró los conflictos entre “órganos constitucionales” (capítulo III del título IV de la LOTC), la llamada “cuestión interna” de inconstitucionalidad (artículo 55.2 de la LOTC), o el recurso

previo de inconstitucionalidad contra los proyectos de estatutos de autonomía y de leyes orgánicas, posteriormente suprimido por la Ley orgánica 4/1985, de 7 de junio, en cuyo preámbulo se invoca precisamente el artículo 161.1.d) de la CE.

Por lo tanto, al no ser posible considerar el conflicto en defensa de la autonomía local una ampliación del “ámbito” del recurso de inconstitucionalidad [artículo 161.1.a) de la CE], debe concluirse que el legislador, al amparo del artículo 161.1.d) de la CE, ha procedido a la creación de un nuevo proceso de control de leyes “al margen” de la Constitución, lo cual plantea si, y hasta qué punto, “las leyes orgánicas” previstas en el artículo 161.1.d) de la CE pueden introducir en nuestro ordenamiento otro proceso constitucional de impugnación directa de leyes, distinto a los ya existentes. La regulación legal del conflicto en defensa de la autonomía local suscita pues algunas dudas sobre su propia constitucionalidad, que quizás algún día el mismo Tribunal deberá despejar.

3.2. Los requisitos de legitimación activa

El segundo aspecto que merece destacarse de la regulación del conflicto en defensa de la autonomía local es el relativo a los requisitos de legitimación exigidos para plantearlo. Como se ha dicho, el legislador mostró gran cautela ante la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se viera invadido de demandas planteadas por los entes locales, que contribuirían a incrementar la alarmante situación de saturación en que ya se encuentra. Por ello, en la misma exposición de motivos se manifiesta la necesidad de “limitar el ámbito de los sujetos legitimados”, puesto que se trata de “garantizar los intereses de los entes locales afectados ponderando su entidad, de modo que los mismos sean suficientemente representativos y que no se refieran a los propios de los entes locales aisladamente considerados”. En coherencia con ello, el artículo 59.2 de la LOTC menciona sólo a los “municipios y provincias” como sujetos que pueden plantear el conflicto en defensa de la autonomía local, además de los designados en la disposición adicional tercera de la LOTC (las islas en las comunidades autónomas de las Illes Balears y Canarias; y los Territorios Históricos del País Vasco). De entrada, pues, la legitimación activa se limita a determinados entes locales, aquellos que podría considerarse que tienen relevancia constitucional, pero no a otros que pudieran crearse mediante los estatutos de autonomía o por las leyes estatales.

Por otra parte, el legislador tampoco quiso otorgar una legitimación individual a los citados entes, probablemente para subrayar el carácter objetivo y abstracto del proceso, y en consecuencia estableció

unas estrictas reglas de legitimación activa. De este modo, el artículo 75.ter.1 de la LOTC establece que están legitimados para plantear los conflictos en defensa de la autonomía local: “a) El municipio o provincia que sea destinatario único de la Ley. b) Un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente. c) Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y que representen como mínimo la mitad de la población oficial.” Dejando al margen el requisito que exige ser “destinatario único” de la ley impugnada, susceptible de ser interpretado restrictivamente, es claro que las condiciones exigidas por los apartados b) y c) del artículo 75.ter.1 de la LOTC son extremadamente rigurosas. Así, por ejemplo, la impugnación de una ley estatal de aplicación general necesitaría ser recurrida por más de mil municipios que representaran a más de seis millones de habitantes, mientras la misma ley, como es sabido, podría ser recurrida por cincuenta diputados o cincuenta senadores, en caso de que alguna fuerza política lograra reunirlos, circunstancia totalmente verosímil con la composición del Congreso y del Senado en el sistema de partidos que se ha ido asentando en España.

Las rigurosas exigencias cuantitativas para la legitimación también se reflejan en el requisito establecido en el apartado 2 del mismo artículo, según el cual para iniciar la tramitación del conflicto será necesario el acuerdo del órgano plenario de las corporaciones locales con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas. El cumplimiento de tales requisitos de legitimación es examinado por el Tribunal en el trámite de admisión (artículo 75.quinquies.1 de la LOTC), y, como se verá más adelante, han sido relativamente numerosos los casos en que aquél ha inadmitido el conflicto por falta de legitimación *ad causam* de quienes lo promovieron. Si a ello se añade la compleja tramitación del proceso, que incluye un dictamen preceptivo, aunque no vinculante, del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la correspondiente comunidad autónoma, no puede descartarse que la regulación del conflicto haya producido (como demuestran las cifras que se aportan en el último apartado) una especie de “efecto desaliento” en los entes locales a la hora de utilizar esta vía jurisdiccional. Lo cual no deja de ser contradictorio con la pretendida voluntad de facilitar su acceso al Tribunal Constitucional para proteger la autonomía local constitucionalmente garantizada.

3.3. El canon de enjuiciamiento

De su regulación legal se desprende que el conflicto en defensa de la autonomía local constituye un proceso específico de impugnación directa de leyes limitado a un único motivo de inconstitucionalidad. El conflicto puede plantearse frente a “las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las comunidades autónomas”, pero exclusivamente por un motivo tasado: “que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada” (artículo 75.bis.1 de la LOTC). Ésta constituye el canon de control conforme al cual el Tribunal Constitucional deberá enjuiciar las normas impugnadas y declarar “si existe o no vulneración” de aquélla.

Ahora bien, contrariamente a lo dispuesto en la regulación de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad del título II, para cuya resolución se establece un determinado parámetro de control (artículo 28.1 de la LOTC), la Ley orgánica 7/1999 no ha introducido un parámetro específico para enjuiciar los conflictos en defensa de la autonomía local. Éste, sin embargo, podría ser deducido de la doctrina jurisprudencial sentada en las resoluciones dictadas hasta hoy por el Tribunal Constitucional sobre la autonomía local garantizada por nuestra Constitución.

No pretendo profundizar sobre el concepto de autonomía local que el Tribunal ha ido aquilatando en su jurisprudencia, sentada en numerosas resoluciones (entre las que merece destacarse la STC 159/2001, de 5 de julio, así como las recientes STC 51/2004, de 13 de abril, y 252/2005, de 11 de octubre). Me interesa tan sólo poner de relieve que, a mi juicio, esa doctrina sobre la autonomía local “constitucionalmente garantizada” no puede aplicarse miméticamente al nuevo “conflicto” con el fin de obtener su canon de enjuiciamiento, precisamente porque se trata de un proceso específico y distinto a los existentes hasta su creación. De ello se deriva que si el nuevo proceso permitiera denuncias de cualquier vicio de inconstitucionalidad basado en preceptos que no guardan una relación directa con la autonomía constitucionalmente garantizada a los entes locales, ello convertiría el conflicto en defensa de la autonomía local en un proceso de declaración de inconstitucionalidad, lo cual resultaría inconstitucional por los motivos ya apuntados. Tal conclusión es relevante si se tiene en cuenta que la mayoría de pronunciamientos del Tribunal sobre la autonomía local han recaído hasta hoy en procesos de declaración de inconstitucionalidad en los cuales se enjuiciaba la conformidad de leyes autonómicas, o de la misma LBRL, con la Constitución, pero esencialmente por motivos competenciales (normalmente entre la ley básica del Estado y la

ley sectorial de la comunidad autónoma). Sin embargo, en estos procesos casi nunca se ejercía un control de la norma legal (estatal o autonómica) mediante su contraste con la norma constitucional que garantiza la autonomía local (artículos 137, 141 y 142 de la CE). Con lo anterior sólo pretendo poner de relieve que, dadas las características propias del conflicto en defensa de la autonomía local, su canon de enjuiciamiento será también propio y específico de este proceso.

3.4. El diseño procesal: la compleja tramitación y la doble sentencia

El último aspecto que merece destacarse de la regulación del conflicto en defensa de la autonomía local, quizás el más llamativo, es el que afecta a su tramitación, y especialmente a su resolución mediante una eventual doble sentencia constitucional. Ya se ha señalado la complejidad de la tramitación del proceso, antes incluso de su admisión a trámite, puesto que exige el cumplimiento de los rigurosos requisitos de legitimación expuestos, además de la solicitud del dictamen del Consejo de Estado o de los órganos consultivos autonómicos, que debe realizarse en el plazo de los tres meses siguientes a la publicación de la ley que se impugna, y el planteamiento del conflicto ante el Tribunal Constitucional dentro del mes siguiente a la recepción del correspondiente dictamen (artículo 75. quater.2 de la LOTC). Estas dificultades procesales explican que casi la mitad de los conflictos planteados hasta hoy hayan sido rechazados en el trámite de admisión por incumplir algunos de los requisitos exigidos por la Ley. En caso de ser admitido el conflicto planteado, la Ley dispone que se dará traslado a los órganos legislativo y ejecutivo de la comunidad autónoma que hubiera dictado la ley impugnada, y en todo caso a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado, que podrán personarse y formular alegaciones, añadiendo que el Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión (artículo 75. quinquies.4 de la LOTC).

Pero, sin duda, el aspecto procesal que ha suscitado más dudas y críticas ha sido la regulación de la resolución del conflicto mediante una sentencia que “declarará si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando, según proceda, la titularidad de la competencia controvertida, y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de Derecho creadas en lesión de la autonomía local” (artículo 75. quinquies.5 de la LOTC). Se trata de una sentencia meramente declarativa de la existencia o inexistencia de vulneración de la autonomía, pero no de la cons-

titucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley. Para que ésta se produzca, es necesario que el Pleno, “en su caso”, decida plantearse la referida “autocuestión” declarando, esta vez sí, la inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto (artículo 75. quinquies.6 de la LOTC). Ésta es, como se ha dicho, la solución sugerida por el Consejo de Estado en su dictamen para soslayar la posible inconstitucionalidad del proceso, evitando que la impugnación de una norma legal por parte de los entes locales pudiera dar lugar directamente a una sentencia que declarase su inconstitucionalidad. Es decir, que si bien la declaración de inconstitucionalidad puede constituir una pretensión de los sujetos legitimados para plantear el conflicto, éste se resuelve propiamente con la declaración de vulneración de la autonomía local, que constituye el pronunciamiento de la primera sentencia, y sólo si el Pleno decide plantearse la cuestión podrá obtenerse en su caso la declaración de inconstitucionalidad en una segunda sentencia. Se puede producir, pues, una extraña situación donde una ley que el Tribunal ha declarado que vulnera la autonomía local constitucionalmente garantizada no es declarada inconstitucional porque el Pleno no decide plantearse la “autocuestión”, la cual se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. O incluso, que habiéndose planteado la autocuestión, la ley vulneradora de la autonomía local no fuera declarada inconstitucional, posibilidad que parece contemplar el inciso “en su caso” del artículo 75. quinquies.6 de la LOTC. Resulta difícil entender cuál sería la situación de esa norma en el ordenamiento jurídico, en caso de seguir vigente, especialmente para el aplicador del Derecho.

El resultado de esta singular articulación procesal es que el acceso directo de los entes locales al Tribunal Constitucional para la defensa de su autonomía frente al legislador resulta extremadamente difícil, por los estrictos requisitos de legitimación, costoso, por la compleja tramitación del proceso, y poco eficaz, por el escaso alcance de la sentencia, cuyo fallo en caso de estimarse el conflicto se limita a declarar que la ley impugnada ha vulnerado la autonomía local, siendo necesario que el Pleno, en su caso, plantee una autocuestión para declarar la inconstitucionalidad de la norma legal. A todo ello aun debería añadirse que a pesar del breve plazo fijado en la Ley para resolver el conflicto (artículo 75. quinquies.4 de la LOTC), la dilación con que se resuelven los asuntos de Pleno puede comportar que la primera sentencia se dicte algunos años después del planteamiento del conflicto, como ha demostrado la realidad.

4. La práctica del conflicto en defensa de la autonomía local: algunos resultados

Hoy disponemos ya de suficientes datos sobre la aplicación de la Ley 7/1999 para trazar un balance de su puesta en práctica. Acudiendo a la "Memoria" del Tribunal Constitucional correspondiente a los años 2004 y 2005 comprobamos que desde la entrada en vigor de la citada Ley se han planteado catorce conflictos ante el Tribunal Constitucional, con un promedio aproximado de dos por año: 2000 (3), 2001 (2), 2002 (1), 2003 (2), 2004 (4), 2005 (2). La mayoría de ellos han sido promovidos por municipios (8), y la menor parte por provincias (4), mientras uno lo fue por la ciudad de Ceuta. La mitad de los conflictos presentados se dirigieron contra leyes autonómicas, mientras la otra mitad se plantearon frente a normas del Estado, si bien cuatro de ellos impugnaban el mismo Real decreto ley, de modificación del Plan Hidrológico Nacional. En cuanto a las materias, la mayoría de los conflictos se han suscitado esencialmente en torno a las competencias locales sobre urbanismo, y una pequeña parte ha versado sobre medidas fiscales, tributarias o administrativas en temas como las cajas de ahorro o el transporte metropolitano.

De los conflictos planteados ante el Tribunal Constitucional, uno se declaró extinguido por pérdida de objeto (ATC 513/2004, de 14 de diciembre), y otros cinco fueron inadmitidos por incumplir los requisitos de legitimación: al no alcanzarse el mínimo de municipios requeridos por el artículo 75.ter.1.b) de la LOTC (ATC 419/2003, de 16 de diciembre); y por incumplirse el requisito exigido en el artículo 75.ter.1.a) de la LOTC (ATC 360, 361, 362 y 363/2005, de 11 de octubre, sobre conflictos presentados separadamente por las diputaciones de Almería, Castellón, Valencia y Alicante frente al mencionado Real decreto ley de modificación del Plan Hidrológico Nacional).

Por último, debe destacarse que siete años después de su creación, el Tribunal Constitucional ha dictado la primera sentencia en un conflicto en defensa de la autonomía local. La STC 240/2006, de 20 de julio, desestima el conflicto promovido por la ciudad de Ceuta en relación con el artículo 68 de la Ley 55/1999, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se modifica la disposición adicional tercera de la Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones. La resolución ha sido ya objeto de rigurosos comentarios, y por ello sólo me limitaré a señalar lo que a mi juicio es más destacable. Lo primero es que el conflicto fue promovido por la ciudad de Ceuta, que junto a Melilla goza de una naturaleza constitucional singular, lo cual ha obligado al Tribunal a examinar aspectos derivados de su especifici-

dad, que no concurren en los demás entes locales legitimados para iniciar este proceso. Debido a ello, el Tribunal dedica los FJ 4 y 5 a la legitimación de la ciudad de Ceuta para promover el conflicto, cuestión que le lleva a reafirmar su condición de ente local (ATC 320/1995), que no de comunidad autónoma (ATC 202/2000), y a dilucidar el carácter de su autonomía (FJ 7). Precisamente estas singularidades son objeto del voto particular emitido por el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, al que se adhiere el magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, en el cual defiende el carácter de comunidades autónomas "unimunicipales" de Ceuta y Melilla, así como un alcance de las competencias estatutarias más amplio del que le da la mayoría del Tribunal. Tales singularidades, derivadas del sujeto que planteó el conflicto, probablemente no hacen de éste el mejor caso para dictar la primera sentencia y sentar doctrina en un nuevo proceso constitucional, siguiendo el aforismo según el cual "*Hard cases make bad law*".

El otro aspecto destacable de la sentencia es sin duda el referido a la "autonomía local constitucionalmente garantizada" (artículo 75.bis.1 de la LOTC), que se convierte en el "canon específico" de enjuiciamiento en este proceso (FJ 8), pues su eventual lesión por parte del legislador estatal o autonómico es el único motivo con base en el cual puede ser promovido este conflicto. Para delimitar este canon el Tribunal se vale de la copiosa doctrina jurisprudencial sentada hasta hoy en materia de autonomía local (desde la STC 32/1981 hasta la STC 159/2001), aunque advierte que no es automáticamente trasladable a este nuevo proceso, dada su especificidad, precisamente porque aquella proviene esencialmente de procesos de declaración de inconstitucionalidad con base competencial. De ello derivan importantes consecuencias para determinar el valor de la Ley de bases de régimen local como norma que eventualmente podría integrar un "bloque de la constitucionalidad", posibilidad que niega el Tribunal (FJ 8 *in fine*).

Las singularidades del caso se manifiestan de nuevo en el momento de resolver la impugnación que plantea, dirigida a una ley estatal en materia de urbanismo, sobre la cual el Estado carecería de competencias, según la trascendental STC 61/1997. Pero dada la particularidad de Ceuta, tampoco la doctrina allí sentada para las comunidades autónomas es aplicable a dicha ciudad, y por ello el Tribunal reconoce la competencia estatal para dictar una legislación urbanística para Ceuta y Melilla (FJ 11). Finalmente, la sentencia examina el precepto legal impugnado, que confiere al Ministerio de Fomento las mencionadas facultades en materia de planeamiento urbanístico, y

después de una larga argumentación (FJ 12 y 13) concluye que no vulnera el derecho a la autonomía local constitucionalmente garantizada a la ciudad que promovió el conflicto.

Los datos anteriores permiten extraer algunas conclusiones sobre la práctica del conflicto en defensa de la autonomía local. En primer lugar, que desde su puesta en marcha en el año 2000 los entes locales han acudido muy poco al Tribunal Constitucional en defensa de su autonomía, pues se ha presentado un promedio de dos conflictos por año. En segundo lugar, la mayoría de conflictos han sido promovidos por municipios frente a leyes autonómicas generalmente en materia de urbanismo. En tercer lugar, casi la mitad de los conflictos no ha sido admitida a trámite por falta de cumplimiento de los rigurosos requisitos de legitimación. Y finalmente, el tiempo de resolución del conflicto no escapa a la dilación que padecen los asuntos de Pleno, de ahí que la primera sentencia que ha resuelto un conflicto se ha dictado seis años después de su presentación.

5. A modo de conclusión

Como se ha dicho en la introducción, estas líneas pretendían poner relieve la relación entre la gestación del conflicto en defensa de la autonomía local, su configuración legal, y la aplicación que ha tenido desde su creación hasta hoy. Pues bien, creo que de lo expuesto se desprende claramente la influencia que tuvieron sobre el legislador las reivindicaciones del mundo local y las soluciones procesales sugeridas por el Consejo de Estado frente a las dudas constitucionales del Gobierno a la hora de regular un nuevo proceso constitucional para la defensa de la autonomía local por parte de municipios y provincias. Esas dudas, junto a otros factores, quizás expliquen el largo periodo de tiempo transcurrido entre la aprobación de la LBRL y la Carta Europea de la Autonomía Local, ambas en 1985, y la introducción del nuevo proceso en 1999, como resultado del llamado "Pacto Local". Por otra parte, en la actitud del legislador puede observarse que pretendía conciliar distintos objetivos: permitir el acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional para proteger su autonomía, crear un proceso de impugnación de leyes que no se confundiera con los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad previstos en la Constitución y en la LOTC, y evitar su uso masivo por parte de los legitimados (entre ellos, más de ocho mil municipios) que contribuyera a agudizar el colapso del Tribunal.

Las referidas circunstancias que rodearon la creación del conflicto en defensa de la autonomía local se ven reflejadas en la Ley 7/1999, alguna de ellas de

forma explícita en su exposición de motivos. Desde el mismo nombre del proceso, que induce a confundirlo con uno más de los conflictos constitucionales, pasando por las rigurosas reglas para la legitimación activa y la complejidad de su tramitación, hasta el singular diseño procesal ideado para evitar que una impugnación de leyes ante el Tribunal Constitucional por parte de los entes locales pudiera conducir a una sentencia declarando su inconstitucionalidad. La configuración legal del proceso revela pues los propósitos, hasta cierto punto contradictorios, y las dudas del legislador a la hora de introducir el nuevo proceso constitucional.

Finalmente, creo que esa regulación legal del conflicto explica, al menos en parte, los resultados que arroja la práctica del mismo casi ocho años después de su creación. No cabe descartar que determinados aspectos procesales del proceso hayan producido lo que he llamado "efecto desaliento", y de ahí que se hayan promovido pocos conflictos en estos años. Las rigurosas reglas de legitimación pueden haber contribuido a ello: los municipios o las provincias, en determinadas circunstancias, podrían acceder más fácilmente al Tribunal Constitucional a través de alguno de los procesos de control de constitucionalidad de leyes (indirectamente, a través de los legitimados en ellos) que mediante este proceso específico en defensa de la autonomía local. Pero también el escaso alcance de la eventual sentencia estimatoria del conflicto, meramente declaratoria de la vulneración de la autonomía local, pueden haber contribuido a la escasa utilización del nuevo proceso.

De todo ello quizás podrían extraerse algunas conclusiones. Primera, que las demandas de justicia constitucional deben ser examinadas cuidadosamente antes de ser atendidas, por tratarse de un bien escaso. Segunda, que el ámbito de la jurisdicción constitucional, a pesar de poder ser delimitado por el legislador [artículo 161.1.d) de la CE], no es totalmente indeterminado ya que la misma Constitución establece algunos límites infranqueables. Y tercera, que la creación de un proceso específico de defensa de la autonomía local frente al legislador no necesariamente garantiza una mayor protección de aquélla, que quizás pueda ser asegurada más eficazmente mediante otros instrumentos jurídicos y políticos. ■

Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal¹

1. Introducción.

1.1. El renovado interés por los caminos de uso público. 1.1.1. Los cambios sociales y económicos en marcha: la ciudad "difusa", la sensibilidad medioambiental y las nuevas formas de actividad turística. 1.1.2. La conexión de los caminos con varios derechos y principios constitucionales. 1.2. La falta de una regulación legal general en Cataluña y los problemas asociados. 1.2.1. Algunos ejemplos interesantes en la legislación autonómica. 1.2.2. Algunos ejemplos interesantes en el nivel local (el modelo de Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona, BOPB núm. 172, de 20 de julio de 2006, p. 13 y ss.). 1.3. Selección de los aspectos concretos que serán considerados.

2. El uso público de los caminos: la posibilidad de *ius in re aliena*.

2.1. La adquisición del derecho real de paso. 2.2. La defensa de la posesión pública del camino. En especial, la recuperación de oficio y los medios para acreditar la posesión pública: análisis de la jurisprudencia (entre otras, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 13 de febrero de 2006, ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso 6442/2003). 2.3. Recuperación de oficio y jurisdicción civil.

3. ¿Se puede restringir el uso de los caminos públicos? (Análisis de la obligación jurídica de motivar como componente del deber de buena administración: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 18 de noviembre de 2005, ponente Miguel Ángel Olarte Madero, recurso núm. 2075/2005, como referencia).

3.1. ¿Se debe indemnizar en caso de restricción? 3.2. ¿Se puede cobrar por el uso de un camino público?

4. Algunos aspectos de la relación entre la normativa de ordenación del territorio y urbanística y los caminos rurales de titularidad pública.

4.1. Planeamiento territorial y urbanístico. 4.2. Gestión urbanística: participación en el reparto de beneficios y cargas de la reparcelación.

Juli Ponce Solé

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. El origen del presente trabajo se encuentra en la ponencia desarrollada en el Seminario de Derecho Local 2006-2007, el día 20

de abril de 2007. Quiero agradecer, especialmente al señor Ferran Torres, la amable invitación.

1. Introducción

1.1. El renovado interés por los caminos de uso público

Los caminos de uso público y titularidad municipal no han atraído demasiado el interés de la doctrina jurídica en España, hasta el punto que el profesor Lorenzo Martín-Retortillo ha calificado a los caminos rurales como “la cenicienta del Derecho”.² Varios especialistas, no obstante, han destacado cómo el tema presenta un interés jurídico indudable y una alta conflictividad judicial, lo que ha hecho que, por lo menos últimamente, se les haya dedicado una mayor atención.³

1.1.1. Los cambios sociales y económicos en marcha: la ciudad “difusa”, la sensibilidad medioambiental y las nuevas formas de actividad turística

Esta creciente atención jurídica a los caminos tiene que ver también con un incremento de la importancia de su papel y de los riesgos que los amenazan y también afectan al medio natural. El crecimiento urbano en bajas densidades y de forma dispersa sobre el territorio (bien estudiado en el área metropolitana de Barcelona por el geógrafo Francesc Muñoz, que ha denominado gráficamente este fenómeno como *UrBANALización*)⁴ provoca tanto un peligro de pérdida de caminos existentes (por la nueva urbanización), como un acceso más fácil a los caminos que permanecen (dada la proximidad de las áreas urbanizadas) y, en consecuencia, más uso de éstos y más accesos al medio natural, con un incremento correlativo de los riesgos ambientales (señaladamente, incendios).

De igual manera, la creciente sensibilidad ambiental da lugar a un mayor interés en el acceso al medio natural (paseos a pie o en bicicleta, utilización de vehículos automóviles todo terreno...), que se ve, además, favorecido e impulsado por nuevas formas de actividad turística vinculadas al denominado *turismo interior o medioambiental*, en la búsqueda de un turismo de mayor calidad, al que, por cierto, alude repetidamente la Ley catalana 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña.

2. MARTÍN-RETORTILLO, L., “Tipología y clasificación de los caminos en el Derecho español”, *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, vol. 2, 1979, p. 102.

3. Excepciones a esta tradicional falta de interés desde el Derecho público son los recientes trabajos del profesor Domènec SIBINA TOMÁS, “Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público” (I y II), aparecidos en la revista *Cuadernos de Derecho Local*, números 2 y 3, correspondientes a junio y octubre de 2003, respectivamente, y la monografía de Juli PONCE SOLÉ *Régimen jurídico de los caminos y derecho de acceso al medio natural*, publicada por la editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, cuya primera edición se encuentra ya agotada. En este último trabajo, precisamente, se puede encontrar la referencia hecha por varios

1.1.2. La conexión de los caminos con varios derechos y principios constitucionales

Estos factores sociales y económicos que reavivan el interés e importancia de los caminos deben ser conectados con perspectivas jurídicas generales que nos permitan captar la razón por la que los caminos son también importantes jurídicamente. Efectivamente, la utilización de los caminos de uso público y titularidad municipal, que son los que ahora nos interesan, están conectados con el ejercicio de varios derechos y principios constitucionales. Por una parte, con el artículo 19 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), que alude a la libertad de circulación. Por otro lado, con el derecho al medio ambiente previsto en el artículo 45 de la CE, dado que para gozar de éste se debe, en ocasiones, poder llegar a determinados lugares. Finalmente, con el principio recogido en el artículo 43 de la CE, según el cual los poderes públicos “facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

1.2. La falta de una regulación legal general en Cataluña y los problemas asociados

Ahora bien, esta importancia social, económica y jurídica de los caminos no ha hecho que en el caso catalán se disponga de una norma con rango de ley sobre éstos, de carácter general, ni tan siquiera, más limitadamente, una norma legal sobre los caminos de cabaña, regulados, como es sabido, a escala estatal y con carácter básico, por la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias. Es cierto que existe una Ley, la 9/1995, de 27 de julio, de regulación del acceso motorizado al medio natural, pero también lo es que esta ley no tiene la vocación de ser una regulación *general* que aborde todos los aspectos jurídicos conectados con los caminos.

La inexistencia de cobertura legal general puede presentar algunos problemas jurídicos en relación con la posible delimitación o limitación pública de los caminos de titularidad privada, aunque se pueden ver atenuados por la previsión que la legislación urbanística catalana hace a la posibilidad de existencia de ordenanzas de urbanización y edificación.⁵

autores al interés del tema (p. 11 y 12, con cita de opiniones de De la Vallina Velarde o de Sánchez Isaac).

4. Un comentario a la tesis doctoral de este autor, hecho por Horacio CAPEL, se puede encontrar en <http://www.ub.es/geocrit/b3w-528.htm> (última consulta efectuada, 30 de abril de 2007). Un extracto de la tesis doctoral de F. MUÑOZ, con el título *La producción residencial de baja densidad*, Diputación de Barcelona, 2005, se puede consultar en <http://www.diba.es/territori/fixxers/21elements.pdf> (última consulta efectuada, 30 de abril de 2007).

5. Véase ahora el artículo 69 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de urbanismo de Cataluña (en adelante, LUC).

En todo caso, parecería muy oportuno disponer en un futuro de una ley en Cataluña en materia de caminos, tanto por la importancia de la materia como por el hecho de asegurar, en todo caso, el cumplimiento de la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la CE, en conexión con el derecho de propiedad del artículo 33 de la CE.

Esta oportunidad se ve acompañada por la clara existencia de competencias catalanas sobre caminos en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006 (en adelante, EAC), que prevé en varios preceptos la competencia exclusiva catalana en este punto. Efectivamente, aunque los caminos no se mencionan en el EAC, el artículo 116.1, letra g), otorga la competencia exclusiva a la Generalitat en materia de desarrollo integral y protección del mundo rural, dentro del artículo dedicado a agricultura, ganadería y aprovechamientos forestales. De igual manera, el artículo 140.5, letra a), otorga otra competencia exclusiva en materia de ordenación, planificación y gestión integrada de la red viaria. A estas competencias exclusivas hay que añadir las compartidas existentes en materias como vías pecuarias [artículo 116.2.b)] o medio ambiente (144, con la posibilidad de establecer normas adicionales).

1.2.1. Algunos ejemplos interesantes en la legislación autonómica

A la espera de esta posible y deseable Ley catalana de caminos, tenemos ya ejemplos estatales y autonómicos de regulaciones en este ámbito. En el ámbito estatal, aparte de la Ley de vías pecuarias de 1995 ya aludida, vale la pena hacer mención del Anteproyecto de la ley estatal de desarrollo sostenible del medio rural, cuyo artículo 22 menciona la mejora de la red viaria rural para garantizar condiciones de utilización y seguridad adecuadas, con el fin y efecto de conectar el medio rural entre sí y éste con las ciudades.⁶

Pero son las comunidades autónomas las que han impulsado más decididamente la regulación legal de

los caminos, mediante la aprobación de diferentes normas en materia de caminos de cabaña o con referencia a caminos concretos,⁷ así como leyes generales en materia de caminos, como es el caso de la Ley extremeña 13/2001, de 15 de octubre, de caminos.

1.2.2. Algunos ejemplos interesantes en el nivel local (el modelo de Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona, BOPB núm. 172, de 20 de julio de 2006, p. 13 y ss.)

A falta de regulación legal general en Cataluña, han sido sobre todo los entes locales los que han intentado establecer regulaciones sobre caminos, para hacer frente a los problemas que se encuentran cotidianamente en relación con la red de su titularidad. Aparte de las numerosas ordenanzas municipales existentes en Cataluña y fuera de Cataluña,⁸ a lo largo de este trabajo se hará referencia en varias ocasiones a una reciente Ordenanza municipal tipo de la comarca de Osona (BOPB núm. 172, de 20 de julio de 2006, p. 13 y ss.), por dos razones: por el hecho de tener una voluntad reguladora de todos los aspectos vinculados con los caminos de uso público y titularidad municipal y porque está adaptada a las innovaciones introducidas por la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas (en adelante, LPAP).

1.3. Selección de los aspectos concretos que serán considerados

En las páginas siguientes se repasarán algunas cuestiones jurídicas relacionadas con algunos caminos. Cabe precisar esta delimitación inicial, dado que no nos ocuparemos de todas las cuestiones jurídicas posibles relacionadas con los caminos, ni de todos los tipos de caminos, dado que sólo nos referiremos, insistimos, a los caminos de uso público y titularidad municipal.⁹ Por otro lado, el enfoque pretende ser eminente-

6. El texto del Anteproyecto se puede consultar en: <http://www.agrodigital.com/PIArtStd.asp?CodArt=50211> (última consulta efectuada, 30 de abril de 2007).

7. Sobre el desarrollo rural en general se pueden consultar los diferentes trabajos incluidos en el número 10 del QDL, de 2006, resultado de una jornada llevada a cabo en el año 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, organizada por esta Universidad y el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat de Catalunya.

8. Sobre caminos de cabaña, puede consultarse, por ejemplo, BENSUSAN MARTÍN, María del Pilar, *Las vías pecuarias*, Marcial Pons, 2003. Por lo que respecta a la regulación legal específica de concretos caminos, es destacable la Ley balear 13/2000, de 21 de diciembre, del camino de caballos de Menorca, al cual califica, por cierto, como servidumbre pública de tránsito.

9. Véanse los artículos de Domènec Sibina mencionados *supra* en la nota número 3.

9. Un análisis global se puede encontrar en PONCE SOLÉ, J., *Régimen jurídico de los caminos...*, *op. cit.*

Una definición de camino de uso público y titularidad municipal se puede encontrar en la mencionada Ordenanza municipal tipo de la comarca de Osona, en su artículo 3:

"1. Tendrán la consideración de caminos rurales, al efecto de esta ordenanza, las vías de comunicación abiertas al uso común general que no formen parte de la red de carreteras por no reunir las características y requisitos legales y que son destinadas al tránsito de personas, vehículos o animales, cubriendo de forma prioritaria las necesidades de tránsito generadas en las áreas rurales, ya sea dando servicio a núcleos de población, a fincas rústicas, predios agrícolas, ganaderos o forestales, o permitiendo el acceso y disfrute del medio natural.

"2. Se entenderá que son caminos rurales de titularidad municipal aquellos en los que la competencia sobre su conservación y protección no esté atribuida por la legislación a ninguna otra Administración pública.

mente práctico –aunque eso no signifique que no se aborden importantes cuestiones dogmáticas, propias del Derecho público y privado–, por lo que se aludirá con frecuencia a la reciente jurisprudencia sobre los aspectos seleccionados.

2. El uso público de los caminos: la posibilidad de *ius in re aliena*

El punto de partida necesario debe ser el recordatorio de la posibilidad de existencia de derechos reales de titularidad pública en cosa ajena privada, los cuales forman parte del patrimonio de las administraciones públicas, de acuerdo con el artículo 5 de la LPAP y, en la esfera local en Cataluña, el artículo 3.3 del Decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de patrimonio de los entes locales en Cataluña (en adelante, RBEL).

En consecuencia, no hace falta que un ayuntamiento sea titular del suelo por donde transcurre un camino para que éste sea un camino público, en el sentido de utilizado públicamente: es suficiente para la existencia de un camino público que exista un derecho de paso en favor del conjunto de los ciudadanos y ciudadanas, es decir, un derecho real limitado de paso.¹⁰ Ahora bien, ¿cuál sería exactamente la naturaleza jurídica de este derecho de paso?

De acuerdo con el Código Civil español (en adelante, CC), como es sabido, las servidumbres pueden ser legales o voluntarias. Entre las primeras (artículo 549 y ss. del CC) nos encontramos con ejemplos bien conocidos, como las servidumbres de tránsito establecidas por la legislación de costas. Entre las segundas, hay que distinguir un subtipo específico: las servidumbres personales, previstas en el artículo 531 del CC. Pues bien, varias opiniones especializadas han considerado los derechos de paso sobre propiedades privadas –que ofrecen la infraestructura jurídica por la existencia de caminos públicos– como servidumbres personales.

Ahora bien, hay que analizar la cuestión también en el marco de los diferentes derechos forales y, por lo que interesa específicamente ahora, del

Derecho civil catalán. En el marco de éste, parece que estos derechos de paso podrían ser calificados ahora de derechos de aprovechamiento parcial, de acuerdo con el artículo 563 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro V del Código Civil catalán, relativo a los derechos reales.¹¹ Sobre todo teniendo en cuenta que, como señala el preámbulo de esta ley (apartado III), “La regulación de los derechos de aprovechamiento parcial, auténtico cajón de sastre de aprovechamientos diversos que pueden ser útiles para promover la conservación de los bosques y de los espacios naturales mediante una explotación racional, agrupa las antiguas servidumbres personales”.

2.1. La adquisición del derecho real de paso

Este derecho real limitado de paso que fundamenta jurídicamente la existencia de un camino de uso público, ¿cómo se adquiere? No es el objetivo de este trabajo repasar todas las formas de adquisición de los derechos y bienes que forman parte del patrimonio de las administraciones públicas (artículo 15 y ss. de la LPAP, 29 del RBEL). A los efectos pragmáticos y problemáticos que aquí nos interesan elegiré solamente entre los modos de adquisición a título oneroso la expropiación y el contrato; no consideraré la adquisición a título gratuito; y finalmente haré mención a la usucapión.

–Por lo que respecta a la expropiación, me permito remitirme aquí a lo que se explicará *infra*, al hablar de urbanismo y caminos.

–En cuanto a la adquisición de los derechos reales limitados de paso sobre finca ajena por contrato, hay que tener en cuenta aquí los artículos 19, 110 y 115 de la LPAP, que remiten a la legislación local (en Cataluña, artículo 30.1 del RBEL), que a su vez remite a la legislación de contratos de las administraciones públicas. Por lo tanto, de acuerdo con 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 (en adelante, LCAP), este tipo de contratos serían contratos administrati-

³ La existencia de caminos rurales de titularidad municipal implica su posesión pública, entendida como aquella situación de hecho, continua y durable, que supone la tenencia de los caminos por parte del Ayuntamiento y su disfrute por los ciudadanos y las ciudadanas. Los municipios podrán ostentar un derecho de propiedad o un derecho real sobre el suelo por el que transcurren los caminos.”

¹⁰ Con más detalle, PONCE SOLÉ, J., *Régimen jurídico de los caminos...*, *op. cit.*, p. 69 y ss.

¹¹ Artículo 563.1.

“Concepto y régimen jurídico

“Los derechos de aprovechamiento parcial establecidos con carácter real a favor de una persona sobre una finca ajena con inde-

pendencia de toda relación entre fincas, que incluyen el de gestionar y obtener sus aprovechamientos forestales a cambio de rehacer y conservar los recursos naturales y paisajísticos o de conservar su fauna y ecosistema, el de pacer ganado y rebaños, el de podar árboles y cortar matas, el de instalar carteles publicitarios, el de lonja, el de balcón y otros parecidos, se rigen por las normas de este capítulo, y en lo que no se opongan, por su título de constitución, por la costumbre y por las normas que regulan el derecho de usufructo, en lo que sea compatible con ello.”

vos especiales [artículo 5.2.b) de la LCAP], por “resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante” y por “satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”.¹² Contrato que se regiría por el régimen jurídico previsto en el artículo 7.1, es decir, por sus normas con carácter preferente, en primer lugar, la LCAP, el resto de disposiciones de Derecho Administrativo y, finalmente, por las normas de Derecho privado.¹³

El propio Síndic de Greuges catalán ha dado noticia en sus informes en el Parlament de la constitución pactada de derechos de paso públicos sobre finca privada para resolver extrajudicialmente litigios existentes entre ayuntamientos catalanes y propietarios privados en relación con caminos, por lo que es un supuesto que se puede dar frecuentemente en la práctica.¹⁴

—Finalmente, en relación con la usucapión, hay que señalar varios aspectos relevantes.¹⁵ En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el Código Civil, el derecho de paso público sería una servidumbre personal, como hemos dicho, discontinua y por lo tanto no usucapible, de acuerdo con el propio Código Civil y la jurisprudencia del orden civil. Con una excepción: que la posesión del camino, es decir, el paso de la colectividad por el terreno privado, tenga carácter inmemorial, de acuerdo con la disposición transitoria primera del CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (por ejemplo, STS de 11 de julio de 1989).¹⁶ Volveremos sobre este punto cuando hablemos de la recuperación de oficio de este tipo de caminos.

Ahora bien, si analizamos los derechos forales, y por lo que ahora interesa, el Derecho civil catalán, debemos tener en cuenta que las servidumbres

eran usucapibles hasta la derogación de la Ley 13/1990, de 9 de julio, realizada por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, incorporada ahora, con pequeños retoques, en el Código Civil catalán, que prohíbe la usucapión de las servidumbres (artículo 566.2). Y si aceptásemos la calificación de estos derechos reales como derechos de aprovechamiento parcial (artículo 563 del Código Civil catalán), parece que tampoco serían usucapibles, dado que el artículo 563.2 pide su constitución necesariamente por escrito.¹⁷

2.2. La defensa de la posesión pública del camino. En especial, la recuperación de oficio y los medios para acreditar la posesión pública: análisis de la jurisprudencia (entre otras, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 13 de febrero de 2006, ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso 6442/2003)

Ahora bien, que no sea más posible, de cara al futuro, la usucapión no impide que existan caminos de uso público desde tiempo inmemorial, que, por este motivo, hayan estado usucapidos en el pasado por los ayuntamientos. Y son estos caminos, precisamente, los que pueden presentar más conflictos por lo que respecta a su uso público ante usurpaciones privadas (cierre con cadenas, desvío del camino, etc.). En este punto, la intervención administrativa pasa a ser fundamental, con la finalidad, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 11, en relación con el dominio público en general, en conexión con el artículo 132 de la Constitución española, de asegurar una ordenación *racional y socialmente aceptable* de su uso y disfrute.

Es por eso que vale la pena detenerse brevemente en el análisis de los requisitos jurídicos necesarios

12. Se debe tener en cuenta la competencia de los ayuntamientos sobre un conjunto de materias conectadas a los caminos (e, incluso, sobre la conservación de caminos y vías rurales) de conformidad con el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, el artículo 63.3 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley municipal y de régimen local de Cataluña y, ahora, el artículo 84 del EAC.

13. Desde esta perspectiva, la calificación como derechos de aprovechamiento parcial del nuevo Código Civil de Cataluña de los derechos reales limitados de paso sobre finca privada no deja de tener consecuencias jurídicas. En efecto, a falta de consignación en el pliego de cláusulas administrativas particulares del alcance de las prórrogas (como es obligado, artículo 8 de la LCAP) debería aplicarse supletoriamente el resto de las normas del ordenamiento jurídico, hasta llegar al artículo 563.2 del Código Civil catalán, a excepción de plazo diferente pactado, sin que *en ningún caso* se pueda superar en su duración los noventa y nueve años.

14. Véase su informe al Parlamento de Cataluña de 1990, libro segundo, p. 394 y ss., con descripción de los hechos concretos y transcripción del acuerdo firmado entre un ayuntamiento catalán y el señor A. C. gracias a la mediación del Síndic.

15. Con más detalle, véase PONCE SOLÉ, J., *Régimen jurídico de los caminos...*, *op. cit.*, p. 126 y ss.

16. Salvo mención expresa, las sentencias citadas lo serán del orden contencioso-administrativo. Cuando se citen sentencias del orden civil se hará constar expresamente.

17. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/2001 no es posible usucapir derechos reales de paso (considerados como servidumbres) en Cataluña; desde la entrada en vigor de la Ley 5/2006 no es posible usucapir los denominados *derechos de aprovechamiento parcial* (que vienen a sustituir las servidumbres personales). En todo caso, estas normas no afectan a los derechos reales de paso constituidos antes de su entrada en vigor. En concreto, la disposición transitoria dieciseisava de la Ley 5/2006 señala que las servidumbres constituidas antes de su entrada en vigor se rigen por el mismo solamente desde su entrada en vigor.

para *recuperar de oficio* el uso de estos caminos, de acuerdo con la jurisprudencia existente.¹⁸

Por lo que respecta a la viabilidad de una acción administrativa para la *recuperación de oficio* del uso público de caminos de este tipo usurpados –en casos como el que nos ocupa, en los que no consta ni ha sido reconocida para los particulares la demanialidad del bien, dado que se trata de caminos de uso inmemorial, y sin acto de afectación expresa o título documental de la titularidad– se exige por la jurisprudencia varios requisitos. En concreto, la acreditación de: 1) una posesión pública anterior, y 2) la existencia de usurpación reciente (artículo 71.2 del RBEL). Sin, no obstante, que la Administración local haya de acreditar en sede jurisdiccional contencioso-administrativa la plena titularidad demanial de este bien (por todas, STS de 3 de marzo de 2004, ponente Fernández Montalvo).

También se exige una completa identidad entre lo que era poseído por la corporación y lo que ha sido usurpado por el particular, siendo necesario el deslindamiento previo en caso de confusión de límites. Así lo recuerda el fundamento jurídico quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2002 (ponente Xiol Ríos), que reproduce numerosa jurisprudencia anterior, en un caso donde la anchura del camino fue modificada por un particular:

“Esta sala tiene declarado que, para que proceda la recuperación de oficio, debe existir una completa identidad entre lo poseído por la corporación y lo usurpado por el particular.”

La sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de julio de 2001, insiste en cuanto a que los bienes usurpados debían estar afectos a un estado de pública posesión cuando el desposeimiento se produjo, entendida esta posesión como la utilización para una pluralidad de vecinos de manera reiterada y pacífica (como mínimo esporádica o puntualmente, como menciona la ya antigua STS de 8 de julio de 1983), o bien por la actividad de conservación y mantenimiento del camino por la corporación (que no es nuestro caso) o bien finalmente por lo que denomina como “otras circunstancias análogas”.

La prueba de la posesión pública debe ser documentada en el expediente, con *indicios* suficientes de

ésta, cuando la usurpación no es reciente (STS de 25 de febrero de 2003, ponente Martí García). Como señala, entre otros, la reciente, STS de 13 de febrero de 2006 (ponente Picó Lorenzo) “acreditación por prueba indiciaria, pero incontrovertible, de la posesión administrativa del bien, pues, en caso contrario, para recuperar la posesión habrá que impetrar el amparo ordinario de los tribunales de justicia. No es preciso, pues, que la pérdida del bien hubiera tenido lugar en tiempos inmediatos al ejercicio de la acción”.¹⁹

Como medios de prueba de esta posesión pública se recoge por nuestra jurisprudencia, entre otros, los siguientes:

–Constancia catastral del camino como público (STS de 25 de febrero de 2003, o STS de 23 de abril de 2001; STSJ de las Islas Baleares, de 31 de enero de 2002). La STS de 23 de abril de 2001 señala que de los planos del Catastro se desprende que el camino cruza varias fincas y varios municipios, y está en conexión con otros caminos de uso público.

–Información testifical (no suficiente, pero sí complementaria: STS de 25 de febrero de 2003, STS de 23 de abril de 2001, o STS de 8 de julio de 1983; por la selección de los testigos se debe tener en cuenta el poco valor que se le da a la declaración de los propios funcionarios del ayuntamiento o de personas jóvenes.

–Fotografías (STS de 25 de febrero de 2003; STSJ de las Islas Baleares, de 31 de enero de 2002).

–Planos o cartografía variada: STS de 20 de octubre de 1999; STS de 8 de julio de 1983).

–Planeamiento urbanístico: STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de junio de 2004.

–Constancia escrita de la voluntad del ente público de hacer obras en la vía litigiosa: STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2004.

–Umbral del Registro de la Propiedad: STSJ de las Islas Baleares, de 31 de enero de 2002.

–Bibliografía: STSJ de las Islas Baleares, de 31 de enero de 2002.

–Camino a centro religioso: STSJ de las Islas Baleares, de 14 de diciembre de 2001.²⁰

El desposeimiento también debe estar documentado en el expediente administrativo, aceptando la ju-

18. Quiero agradecer la colaboración de la abogada Sra. Amaya Orio Sallent en el análisis jurisprudencial que aquí se incluye.

19. STS de 11 de julio de 2001 (ponente Soto Vázquez): “es absolutamente preciso que el previo uso público y detentación posesoria por parte del Ayuntamiento recurrente haya quedado establecido de modo medianamente convincente, sin necesidad de complicados juicios valorativos, bien porque conste la utilización con ese carácter por una pluralidad de vecinos de manera reiterada y pacífica, bien a través de una actividad de conservación y cuidado del camino por parte del ente público, bien por cualquier otra circunstancia análoga.”

20. El artículo 4 de la mencionada Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona incluye una lista (*numerus apertus*) de instrumentos que “permiten acreditar tanto la posesión pública de un camino, como la existencia de un derecho de propiedad o un derecho real de uso sobre el suelo por el que transcurren los caminos, así como los límites físicos, la configuración o la antigüedad; todos aquellos medios de prueba admitidos en Derecho y muy especialmente los siguientes que se enumeran con carácter meramente enunciativo”, incluyéndose a continuación diferentes posibles medios, de conformidad con la jurisprudencia a la que estamos aludiendo.

risprudencia, entre otros, informes de investigación de la policía local, el mismo reconocimiento del propio interesado, o bien el reconocimiento gubernativo. Cualquiera otro medio de prueba sería válido, como fotografías, una acta notarial, etcétera.

El hecho de que el expediente se inicie diez años más tarde del cierre de los caminos con vallas y candados no es relevante para el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 3 de marzo de 2004.

Todos estos medios de prueba deben incorporarse al expediente administrativo de recuperación de oficio, cumpliéndose así con la necesidad de fundamentación del acto de recuperación de oficio, de acuerdo analógicamente con lo previsto en el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, en conexión con el artículo 9.3 de la Constitución (principio de interdicción de la arbitrariedad).

2.3. Recuperación de oficio y jurisdicción civil

En los casos aquí mencionados, cuando la Administración no tiene título o documento que acredite la titularidad pública del camino, su afectación al uso público lo sería para su uso público desde tiempos inmemoriales. Es por eso que hay que recordar que para reivindicar la *titularidad del bien en la jurisdicción civil*, se debería iniciar un *procedimiento declarativo ordinario* en el que se analizaría el posible carácter de dominio público del camino por naturaleza, además del examen del historial registral del bien, de la naturaleza de su construcción, su uso inmemorial por la generalidad de los vecinos, su finalidad como vía de comunicación de pueblos entre sí o con otras vías públicas (vía única o principal), quién se ha ocupado de su mantenimiento, etc., y muy especialmente su uso público como finalidad última del bien. En cualquier caso, como mínimo se debería acreditar su adquisición por usucapión, es decir, por su posesión a título de propietario, pública, pacífica e ininterrumpida, por un plazo mínimo de treinta años.

Eso nos lleva a señalar que los hechos que se deben probar por la declaración de la titularidad pública del camino son la posesión pública del camino, al igual que en la recuperación de oficio del camino, y, además, el mantenimiento de la posesión durante un mínimo de años suficientes, con las características ya apuntadas, para su adquisición por usucapión, lo que parece hacer más compleja esta acción civil como alternativa a la recuperación de la posesión.

21. Véase con más detalle, PONCE SOLÉ, J., *Régimen jurídico de los caminos...*, op. cit., p. 135 y ss.

22. Sobre los principios de buena administración en el ámbito del dominio público, puede consultarse PONCE SOLÉ, J., "Cesión y permu-

3. ¿Se puede restringir el uso de los caminos públicos? (Análisis de la obligación jurídica de motivar como componente del deber de buena administración: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 18 de noviembre de 2005, ponente Miguel Ángel Olarte Madero, recurso núm. 2075/2005, como referencia)

Otra cuestión que consideraremos en este análisis es la posibilidad por parte de los ayuntamientos de restringir el uso, especialmente el uso común general, de los caminos de uso público.²¹

El uso común general de los caminos se configura jurídicamente como un derecho subjetivo, típico o activo, otorgado por la normativa vigente, el cual genera obligaciones jurídicas a la Administración titular (así, STS de 21 de noviembre de 1981, Sala de lo Contencioso-Administrativo, o STS de 7 de octubre de 1982, Sala de lo Civil).

Ahora bien, este uso es limitable o incluso prohibible, también de acuerdo con la normativa vigente. La limitación, sin embargo, debe venir permitida en una norma con rango de ley (artículo 53.1 de la CE, en conexión con el artículo 19 de la CE), lo que no excluye la existencia de remisiones (no en blanco) a reglamentos, ordenanzas locales o planes (por ejemplo, urbanísticos). Esta norma previa puede limitar o prohibir el uso directamente o abrir espacios de valoración administrativa para decidir cuándo y cómo hacerlo, ya sea mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados valorativos o atribuyendo discrecionalidad. Un supuesto en este sentido en el ámbito de los caminos en Cataluña viene dado por la ya mencionada Ley 9/1995, de 27 de julio, de regulación del acceso motorizado al medio natural (artículo 8 y ss.), desarrollada por el Decreto 166/1998, de 8 de julio.

Cuando la normativa otorga ámbitos valorativos a los entes locales para la limitación o prohibición del uso común general de los caminos, es necesario que estos efectúen una previa y cuidadosa ponderación de las concretas circunstancias que lo puedan exigir (por todas, STS de 21 de noviembre de 1981), y es fundamental aquí el juego del *deber de buena administración* y del *principio de proporcionalidad*.²²

En este sentido, es destacable la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 18 de noviembre de 2006. Aunque no recaída en relación con un camino sino con respecto a una carretera, esta

ta de bienes y derechos", en Chinchilla, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del patrimonio de las administraciones públicas*, Thompson Civitas, Madrid, 2004, p. 685 y ss., teniendo en cuenta los artículos 111 y 187, entre otros, de la LPAP.

decisión judicial es interesante, cuando menos, analógicamente, dado que niega la existencia de un “derecho absoluto del particular para acceder a las carreteras y sí una discrecionalidad de la Administración”, la cual permite “atribuir a la Administración un margen de discrecionalidad para que en cada caso pueda determinar lo que es más conveniente para el mejor tránsito de la vía”, pero no autoriza a adoptar cualquier decisión de cualquier manera:

“El deber de motivación de los actos administrativos que establece el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que se enmarca en el deber de la Administración de servir con objetividad los intereses generales y de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que impone el artículo 103 de la Constitución, se traduce en la exigencia de que los actos administrativos contengan una referencia precisa y concreta de los hechos y de los fundamentos de derecho que para el órgano administrativo que dicta la resolución han sido relevantes, que permita conocer al administrado la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitando su control por la tribunales de lo contencioso-administrativo.

“El deber de la Administración de motivar sus decisiones es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de las arbitrariedades de los poderes públicos que se garantizan en el artículo 9.3 de la Constitución; y puede considerarse como una exigencia constitucional que se deriva del artículo 103 al consagrar el principio de legalidad de la actuación administrativa, según se subraya en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2004.

“El deber de motivación de las administraciones públicas debe enmarcarse en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de moti-

var sus decisiones, que se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en su artículo II, 101.2.c).”

La competencia para limitar o prohibir el uso común general de un camino de uso público la tiene el ente titular del camino (sea del derecho de propiedad o del derecho real de paso), ejerciendo entonces funciones propias de *policía demanial de conservación*. También la pueden tener otras administraciones, de acuerdo con la normativa, ejerciendo éstas entonces tareas propias de la *policía general* (tráfico, medio ambiente, etcétera).

3.1. ¿Se debe indemnizar en caso de restricción?

Si se decide, en uso de la potestad atribuida normativamente, limitar o prohibir el uso común general de un camino, surge inmediatamente la cuestión de si es preciso indemnizar a los particulares afectados por esta medida. La respuesta debe ser negativa: las restricciones son limitaciones del derecho, por lo tanto no indemnizables, mientras que las prohibiciones no constituyen privaciones singulares, dado que se trata de interdicciones de carácter general, en razón de determinadas circunstancias (por ejemplo, peligro de incendio), las cuales afectan al conjunto de los ciudadanos. No se puede hablar, pues, de expropiación del derecho a usar el camino (STS de 15 de junio de 1995, sobre paso de un lado a otro de un río).

3.2. ¿Se puede cobrar por el uso de un camino público?

Ahora bien, una manera, si se quiere indirecta, de restringir el uso de un camino puede venir dada por la exigencia por parte de la Administración titular de prestaciones pecuniarias en contrapartida por su uso.

En el caso del uso común general de los caminos, el juego del principio de gratuidad previsto legalmente, así como el silencio de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales (en adelante, LHL), nos lleva a concluir que no es posible gravar con una tasa el uso común general de los bienes y derechos de dominio público y, por lo tanto, de los caminos de uso público.²³

23. No se trata de un supuesto de ciencia ficción. La Asociación de Entidades Locales de Montaña del Pirineo (AMPI) ha estudiado la posibilidad de implantar una tasa de acceso a los bosques de titularidad municipal, al efecto de poder atender los gastos generados por los servicios de limpieza, mantenimiento y conservación en estos bosques. La AMPI ha estimado que esta tasa podría generar entre 4.500.000 y 12.000.000 (aproximadamente) de euros, partiendo de un movimiento anual de entre 1,5 y 2 millones de personas que se desplazan a los espacios forestales públicos y de un precio del título-

lo habilitante para el acceso anual de entre 30 y 6 euros. Véase una explicación de este planteamiento en los informes al Parlament del Síndic de Greuges de 1997 (p. 196 y 197) y de 1998 (p. 161 y ss.).

24. Y será posible reconducir hacia supuestos de uso común especial muchos de los supuestos que preocupan a los ayuntamientos. En este sentido, y a modo de ejemplo, véase el artículo 16 de la Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona:

“Artículo 16. Uso común especial

Por lo que respecta al uso común especial o privativo, la situación es diferente.²⁴

Efectivamente, la LHL permite el cobro de una tasa mediante la aprobación de las correspondientes ordenanzas fiscales (artículo 20 de la LHL, que incluye una lista abierta sobre posibles supuestos gravables) y de acuerdo con los criterios de cuantificación ofrecidos por la propia LHL (artículo 24).

Ahora bien, la aprobación de la LPAP ha incidido en esta cuestión, con una previsión que hay que tener en cuenta. Efectivamente, en sus artículos 92.5 y 93.4 se señala que los usos especial o privativo no serán incurso a tasa cuando no exista aprovechamiento económico derivado de los mismos por el autorizado o el concesionario o, produciéndose este aprovechamiento, existan ya contraprestaciones o condiciones derivadas del uso que lo anulen o lo hagan irrelevante.²⁵

4. Algunos aspectos de la relación entre la normativa de ordenación del territorio y urbanística y los caminos rurales de titularidad pública

Finalmente, para concluir este análisis, vale la pena hacer referencia a los caminos de uso público y titularidad municipal desde su vertiente urbanística.

4.1. Planeamiento territorial y urbanístico

En este punto, cabe decir que los planes de ordenación del territorio previstos en la legislación vigente (en Cataluña, Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial) pueden incluir normas, directrices

o recomendaciones relacionadas con los caminos.

Esta posibilidad ya encuentra una plasmación concreta en el artículo 2.17 de la normativa del Plan Territorial Parcial del Alto Pirineo y Arán, aprobado por el Acuerdo de Gobierno de 25 de junio de 2006 (DOGC de 7 de septiembre de 2006, núm. 7864). Este precepto señala como una de las recomendaciones complementarias para alcanzar una mejor planificación y gestión de los espacios abiertos²⁶ “una normativa específica y un plan de caminos que clarifique la titularidad y gestión de los diferentes tipos de camino”, así como “un plan de vías pecuarias que garantice su recuperación y conservación patrimonial y regule su multifuncionalidad”.²⁷

De igual modo, cabría pensar, de acuerdo con esta normativa legal mencionada, en la existencia futura de un *Plan Territorial Sectorial de Caminos*, en la línea de otros planes (por ejemplo, carreteras) ya existentes o que se anuncian.

Desde la perspectiva específica del urbanismo, hay que tener presentes varios aspectos sobre los caminos de uso público y titularidad municipal.

En primer lugar, la calificación urbanística que les debe corresponder en el planeamiento urbanístico tiene que ser la de sistemas de comunicaciones (artículo 34.4 de la LUC).

En segundo lugar, la LUC, dentro de su regulación del suelo no urbanizable, contiene una referencia específica a los caminos. Efectivamente, para actuaciones urbanísticas específicas de interés público como infraestructuras de accesibilidad [artículo 47.4.c) de la LUC] consistentes en la apertura o recuperación

¹ Es uso común especial del camino:

“a) aquel que utilizando el camino de acuerdo con su naturaleza sin excluir su uso por parte de todos no está incluido en el artículo anterior y

“b) el que a pesar de estar incluido reúne circunstancias de peligrosidad, intensidad de uso o otras similares.

“2. Se considerará como uso común especial el tráfico intenso de vehículos generado como consecuencia de actividades que por sus características provocan su intensidad de uso.

“A estos efectos, y con carácter enunciativo y no exhaustivo, se entenderá como tráfico intenso:

“a) La utilización para actividades de transporte de una única actividad o explotación, que comporte un uso sistemático y continuo del camino con intervalos e intensidades de uso relevantes para la conservación del camino.

“b) El que se deriva de actividades industriales.

“c) El que se deriva de la ejecución de una obra pública de carácter supralocal.

“d) El que se deriva de explotaciones mineras.

“e) El que se deriva del transporte a vertederos o plantas de reciclaje o compostaje.

“3. Se considera, en todo caso, como uso común especial:

“a) el paso de maquinaria de construcción y maquinaria pesada;

“b) la circulación con cadenas por la nieve, cuando las condiciones del vehículo puedan deteriorar el pavimento del camino;

“c) las carreras y pruebas deportivas;

“d) la circulación motorizada en grupo organizada;

“e) las actividades turísticas a motor organizadas en grupo;

“f) la circulación de vehículos con materiales calificados como peligrosos, molestos o insalubres;

“g) la instalación de vallas y pasos de ganado.

“4. Tendrá la consideración de un uso común especial las ocupaciones temporales cuando resulten imprescindibles para trabajos, obras o servicios que no permitan solución alternativa y se deberá garantizar la circulación por el camino o, en su caso, ejecutar el desvío del mismo a cargo del solicitante.”

25. Véase el artículo 23.3 de la Ordenanza municipal tipo de uso y defensa de los caminos rurales de la comarca de Osona, que incorpora ya esta previsión legal.

26. El artículo 2.1 define el sistema de espacios abiertos como “todo el suelo calificado como no urbanizable por el planeamiento urbanístico en el momento de redacción del Plan”.

27. El artículo 1.8 del Plan señala que el Plan “hace varias recomendaciones que considera pertinentes para un desarrollo positivo del territorio, pero que entiende sometidas a las valoraciones de oportunidad o conveniencia que la administración competente pueda efectuar en el momento de la actuación, con el bien entendido que se deberá, cuando se dé el caso, justificar en el proyecto técnico correspondiente los motivos por los que no se siguen las recomendaciones del Plan”.

de caminos, salvo proyecto de actuación de acuerdo con la "legislación sectorial", será necesaria, de acuerdo con el artículo 49 de la LUC, la existencia de un plan especial o proyecto.

Por otro lado, como es sabido, la LUC somete expresamente a licencia urbanística previa la apertura, pavimentación o modificación de caminos [artículo 179.k) de la LUC].

4.2. Gestión urbanística: participación en el reparto de beneficios y cargas de la reparcelación

Finalmente, por lo que respecta a la gestión urbanística, queremos hacer mención a dos cuestiones referidas a los caminos públicos: por una parte, dentro del sistema de expropiación y, por otra, dentro del sistema de reparcelación.

En relación con el sistema de expropiación, hay que recordar que existe una presunción legal *iuris tantum* de la titularidad municipal de los caminos, de acuerdo con el artículo 147.2 de la LUC (ya prevista en el artículo 210 del Decreto legislativo estatal 1/1992).

Por otro lado, era tradicional en el ordenamiento jurídico urbanístico la referencia legal a la posibilidad de imponer servidumbres para constituir caminos en ejecución de un plan o proyecto de obra, si no era necesaria la expropiación del dominio y a falta de convenio con el propietario (expresión del principio de proporcionalidad), siempre que la indemnización a abonar por la imposición de la servidumbre no fuera superior a la mitad del importe que correspondería abonar por expropiación, ya que en caso contrario había que hacer uso de esta última potestad (expresión del principio de eficiencia, artículo 31.2 de la CE). Este aspecto antes era objeto de regulación en el artículo 102 del Decreto legislativo 1/1990, de 12 de julio, actualmente derogado por la LUC, que no ha previsto una norma similar,²⁸ lo que obligaría ahora a integrar la legislación vigente de urbanismo en Cataluña con el artículo 68 del Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido sobre régimen del suelo y ordenación urbana, o a extraer similares conclusiones por la vía de la aplicación de los principios constitucionales de buena administración, de proporcionalidad y de eficiencia ya mencionados.

28. Téngase en cuenta el artículo 5.4 de la Ordenanza tipo de Osona, que regula expresamente esta cuestión ahora, siguiendo la regulación del texto de 1976.

29. Entendiendo que se produce variación cuando se establecen más usos urbanísticos, aparte de la afectación existente. Y entendiendo que los usos urbanísticos son referidos tanto a zonas como a sistemas.

30. Es decir, si la superficie de estos terrenos de dominio público incluidos en un polígono de actuación es superior a la que determi-

Finalmente, y por lo que respecta al sistema de reparcelación, hay que abordar si los ayuntamientos pueden tener aprovechamiento por los caminos de su titularidad, lo que se debe conectar con el cálculo del aprovechamiento medio a que hace referencia el artículo 36.2 *in fine* del Reglamento que desarrolla ahora la LUC (Decreto 305/2006, de 18 de julio, en adelante, RLUC), dado que si no si no tuviéramos aprovechamiento, su superficie no se integraría en el cálculo de este aprovechamiento medio.

El artículo 135 del RLUC distingue diferentes supuestos:

–En el caso de las vías pecuarias y otros bienes de dominio público declarados por ley, éstos no participan si no existe variación en el planeamiento a ejecutar.²⁹

–En el caso del dominio público marítimo-terrestre, por ejemplo las servidumbres de paso de la legislación de costas, los caminos no participan en el reparto de cargas y beneficios.

–En el resto de los casos, es decir, por lo que ahora interesa, en el caso de todos los otros caminos, el Reglamento se remite al artículo 120.4 y 5 de la LUC. Estos preceptos establecen que sólo participarán si son adquiridos a título oneroso o cesión gratuita no urbanística (no, pues, si lo son por cesión urbanística, salvo en el caso previsto en el artículo 120.5).³⁰

Lluch Corel señala que "la consecuencia práctica de esta regulación es el establecimiento de una auténtica presunción de que los bienes de dominio público existentes en una unidad generan aprovechamiento a favor de la Administración titular. Esto es especialmente importante respecto de los caminos públicos y los viales respecto de los que no conste el título de adquisición, caso realmente frecuente".³¹ ■

na el plan urbanístico para la cesión gratuita y obligatoria con destino a dominio público, la Administración titular se integra con este exceso en la comunidad de reparcelación.

31. LLUCH COREL, A., "Bienes de dominio público y reparcelación", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, octubre-noviembre de 2003, p. 69.

Responsabilidad patrimonial II

1. Responsabilidad del contratista.
2. Otros supuestos de responsabilidad concurrente.
3. Responsabilidad en relaciones de sujeción especial.
4. La posición de las compañías de seguros.
 - 4.1. La unidad de jurisdicción.
 - 4.2. La posición jurídica de la aseguradora.
 - 4.3. Los intereses especiales del artículo 20 de la LCS.
5. Plazo para ejercer la acción de responsabilidad.
 - 5.1. El principio de la *actio nata*.
 - 5.2. Interrupción del plazo.
 - 5.3. El supuesto de los daños continuados.
6. Cuantificación del daño.
 - 6.1. Expectativas de derecho y lucro cesante.
 - 6.2. Daño moral.
 - 6.3. Compatibilidad de la responsabilidad patrimonial con otras prestaciones.
7. Intereses y actualización.

Eduard Paricio Rallo
Magistrado

1. Responsabilidad del contratista

Es relativamente frecuente el supuesto del daño causado por una actuación o servicio público gestionado por un contratista, es decir, los daños causados a terceros mediante formas de gestión indirecta. El problema se plantea en los casos en que el prestador del servicio es una persona privada, sea un contratista de obra pública, sea un concesionario o una sociedad privada de propiedad pública. En estos supuestos resulta que entre la Administración y el usuario o el ciudadano afectado se interpone un particular, que es quien presta materialmente el servicio, particular que mantiene unas relaciones de Derecho público con la Administración y unas relaciones de Derecho privado con el usuario. Desde la perspectiva del usuario afectado, el daño es imputable de forma inmediata a un sujeto privado, de forma que el régimen aplicable sería el general del Código Civil –responsabilidad por culpa o negligencia– y la jurisdicción competente sería la común.

Ahora bien, estamos ante un daño ocasionado por una obra o servicio público que es de titularidad municipal. La cuestión es que el régimen y las garantías del ciudadano son muy diferentes en los regímenes civil y administrativo de responsabilidad, pudiéndose cuestionar que el estatuto jurídico del ciudadano quede alterado y disminuido debido a una decisión meramente organizativa de la Administración titular del servicio al establecer su forma de prestación. Al fin y al cabo, si no desaparecen en estos casos los privilegios exorbitantes de la Administración frente a los ciudadanos, tampoco las garantías de éstos deberían verse menguadas.

Ciertamente, se puede superar la responsabilidad del contratista imputando una responsabilidad concurrente de la Administración a partir de una culpa en su deber de vigilar, o por culpa en la elección del contratista. Hay jurisprudencia en este sentido (TSJ de Cataluña, sentencia núm. 213/2006, de 21 de febrero de 2006), pero esta cuestión no se puede despachar de forma genérica, y no es fácil fundamentar un deber de vigilancia preciso que se pueda relacionar con la concreta actuación del contratista que ha producido el daño. Por lo tanto, inicialmente el afectado deberá escoger entre la responsabilidad de la Administración titular del servicio, o la del contratista que ha originado el daño de forma inmediata.

Así pues, la primera cuestión que se plantea en el supuesto de daño causado por el contratista es el sujeto responsable. Sin embargo, existen más cuestiones: el régimen jurídico de la responsabilidad, y también el procedimiento de reclamación.

El artículo 97 de la Ley de contratos de las administraciones públicas –Texto refundido aprobado por el

Real decreto legislativo 2/2000– establece el principio general de responsabilidad del contratista con respecto a “todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”, planteamiento que sólo admite las excepciones de los daños causados como consecuencia directa e inmediata de una orden formulada por la Administración, o bien los daños causados por vicios del proyecto elaborado por la Administración en los casos de contrato de obras o en el de suministro. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 161.c) de la misma Ley al establecer la obligación del contratista de indemnizar por los daños que cause a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el despliegue del servicio. Por su parte, el artículo 235.c) del Reglamento de obras y servicios de las entidades locales (Decreto 179/1995) incluye un planteamiento más amplio al obligar al contratista a “responder de los daños que se deriven del funcionamiento del servicio, salvo que se hayan realizado en cumplimiento de una cláusula impuesta por la corporación con carácter ineludible”.

Por lo tanto, la Ley es bastante precisa al imputar la responsabilidad bien a la Administración bien al contratista. Sin embargo, no es sencillo para el afectado conocer de forma clara si el daño ha sido causado por una orden de la Administración o como consecuencia del proyecto o debido a una cláusula ineludible para el contratista. En este sentido, el apartado tercero del propio artículo 97 prevé un procedimiento ante la Administración para que esta misma determine el sujeto responsable:

“3. Los terceros pueden requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.”

Una vez aclarada la responsabilidad, el apartado cuarto parece referirse a un posterior procedimiento:

“4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.”

Ahora bien, una cosa es que la responsabilidad económica final pueda corresponder a la empresa contratista, y otra cosa es el papel que corresponde a la Administración ante el perjudicado. El artículo 97.3 de la LCAP suscita dos cuestiones:

1. Si la acción del artículo 97.3 es una acción arbitral previa, que debe ir seguida de la acción de responsabilidad propiamente dicha una vez la Administración ha definido el sujeto responsable. O bien en esta acción se deben resolver todos los aspectos de la cuestión, incluidos los aspectos de fondo.

2. Si se trata de un procedimiento obligado o es una acción meramente potestativa.

Pues bien, con respecto a la primera cuestión es muy cierto que el tenor literal del artículo 97.3 apunta a una acción previa, de carácter arbitral, en que se trata solamente de identificar al sujeto responsable. Así lo indica la referencia a la interrupción del plazo de prescripción, y sobre todo, el tenor del apartado cuarto; un pronunciamiento arbitral después del cual habría que plantear una reclamación contra la persona responsable. El caso es que la jurisprudencia se ha mostrado vacilante en este punto. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2003, rec. 3315/1999, refleja las dos líneas jurisprudenciales que se han alternado en esta cuestión:

“Una tesis, que es la de la sentencia ahora recurrida, ha entendido que el artículo 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista.

“Ésta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970.

“La segunda tesis es la que interpreta el artículo 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto.

“En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista, tesis que mantienen también las sentencias entre otras de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1995.

“Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la sentencia de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra sala.”

Consecuentemente, la Administración no se interpone necesariamente como sujeto responsable ante el ciudadano (como sucede por ejemplo en el caso de la responsabilidad de las autoridades o funcionarios –artículo 145 de la Ley 30/1992–), sino que adopta una posición meramente dirimente, fijando la existencia de responsabilidad y el sujeto responsable.

A partir de aquí parte de la doctrina (Berberoff/Sospedra), entiende que el afectado tiene varias opciones: o bien una reclamación directa ante la Administración o ante el contratista según su criterio, o bien la acción previa dirimente del artículo 97.3 de la LCAP, y posteriormente actuar en consecuencia ejerciendo la acción contra la Administración o bien la acción –civil– contra el contratista.

Entiendo que este planteamiento es innecesariamente complejo y reiterativo. Ciertamente, el procedimiento dirimente del artículo 97.3 de la LCAP es optativo, de forma que el afectado tiene siempre abierta la reclamación directa contra el contratista. Ahora bien, entiendo que es igual que el actor plantee la acción dirimente del artículo 97.3 de la LCAP o bien que plantee una reclamación sustantiva y directa contra la Administración. Tanto en un caso como en el otro, la Administración deberá pronunciarse sobre la existencia efectiva de una situación de responsabilidad y sobre si ésta pesa sobre la propia Administración o sobre el contratista, un pronunciamiento que da paso directo al recurso jurisdiccional sin más.

En el caso específico de las concesiones administrativas el procedimiento es más claro. Los artículos 121 y 123 de la Ley de expropiación forzosa imponen necesariamente la reclamación ante la Administración titular del servicio concedido y ésta se deberá pronunciar tanto sobre la procedencia de la responsabilidad como sobre quién debe afrontarla.

En los casos ciertamente frecuentes en que la Administración no se pronuncia sobre la responsabilidad o se limita a reenviar la reclamación al contratista sin entrar en el fondo, la jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de entender que la Administración se convierte en responsable precisamente por no haberse pronunciado, sin perjuicio de repetir después contra el contratista (TSJ de Cataluña, sentencia núm. 213/2006, de 21 de febrero de 2006; Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León –Burgos–, sentencia núm. 198/2003, de 7 de mayo de 2003, y Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 1437/2004, de 30 de septiembre de 2004).

Así pues, no cabe duda sobre el sujeto finalmente responsable: será el contratista por regla general, y será la Administración si el daño responde a imposiciones ineludibles a aquél. Pero en el caso en que la Administración rehuya un pronunciamiento sobre el fondo en la reclamación, se coloca como responsable inicial a ojos de la jurisprudencia mencionada.

En definitiva, el afectado puede utilizar el procedimiento arbitral del artículo 97.3 de la LCAP, o bien puede optar por una reclamación directa contra la Administración o contra el contratista, o contra las aseguradoras de una u otro, ya que el procedimiento

del artículo 97.3 de la LCAP es optativo; o puede formular una reclamación jurisdiccional conjunta contra todos ellos –previa reclamación administrativa, ya que en el caso de la Administración es preciso un acto previo a la vía jurisdiccional–. En el caso específico de servicios gestionados por concesión, no existe posibilidad de reclamación directa al contratista o a su aseguradora, ya que el artículo 123 de la LEP impone la reclamación ante la Administración en todo caso.

Está claro que el procedimiento arbitral o la reclamación conjunta son las posibilidades más prudentes para el afectado, ya que una reclamación singular contra uno u otro responsable eventual corre el riesgo de resultar fatalmente errónea.

Finalmente, en cuanto al régimen aplicable, no cabe duda de que la responsabilidad de la Administración se somete al régimen de responsabilidad patrimonial. La duda surge con respecto a la responsabilidad total o parcial del contratista. En este caso se trata de una persona jurídico-privada, y si la responsabilidad se establece entre dos privados –perjudicado y contratista–, el régimen debe ser inicialmente el establecido en el Código Civil, esto es, la responsabilidad aquiliana por culpa o negligencia, y no la responsabilidad objetiva, sin perjuicio de que la jurisprudencia civil se haya aproximado en ocasiones al régimen de la responsabilidad administrativa admitiendo una responsabilidad casi-objetiva derivada del riesgo. Éste parece ser el planteamiento del artículo 97.4 de la LCAP cuando dispone que “La reclamación de los terceros se debe formular, en todo caso, de acuerdo con el procedimiento que establece la legislación aplicable a cada supuesto”.

Ahora bien, la jurisprudencia se ha mostrado resistente a aplicar el régimen civil, aunque se dirima la responsabilidad exclusiva del contratista. En este sentido, la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de febrero de 2006 entiende que la titularidad municipal del servicio que ha causado el daño comporta la responsabilidad del ayuntamiento –y el consiguiente régimen público de responsabilidad patrimonial–, aunque la gestión fuera asumida por un concesionario.

2. Otros supuestos de responsabilidad concurrente

Existen otras posibilidades de responsabilidad concurrente de Administración y particulares. Se trata de los supuestos en que el daño ha sido causado conjuntamente, como por ejemplo el caso de un accidente ocasionado con motivo de unas obras en la vía pública realizadas por un particular en interés propio. En este caso, las obras se llevan a cabo con licencia municipal y el ayuntamiento resulta responsable

de controlar las medidas de seguridad exigibles según la licencia, la ordenanza o la legislación en general. La responsabilidad se puede imputar, en consecuencia, al autor material –el particular que lleva a cabo las obras– y a la Administración por culpa en la vigilancia.

Se trata de una responsabilidad que inicialmente se presenta como concurrente, pero de naturaleza diferente en cada caso. La responsabilidad de la Administración es objetiva y queda sometida a un procedimiento previo ante la Administración, mientras que la responsabilidad del particular es civil y se puede exigir mediante una acción judicial directa.

Ahora mismo, ya no cabe duda sobre el hecho de que si la acción jurisdiccional es conjunta se deberá ejercitar directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa; así es a partir de la reforma introducida por la Ley orgánica 19/2003, de forma que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas a la Administración pública deben ser vistas en todos los casos por la jurisdicción contencioso-administrativa independientemente del tipo de responsabilidad que se plantee o que en la producción del daño concurren particulares o una compañía de seguros –artículo 2.e) de la Ley jurisdiccional.

Este planteamiento ha acabado con una confusión notable derivada de la tensión entre las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, aunque genera una situación atípica en el sentido de que la jurisdicción contenciosa deberá determinar la posible responsabilidad de un privado –eventualmente en solitario, si en el transcurso del proceso se descarta la responsabilidad concurrente de la Administración–, en aplicación estricta del Código Civil y con la consiguiente aparición de una jurisprudencia paralela a la civil.

Aparte, la diversidad de regímenes jurídicos en un mismo caso puede provocar situaciones extrañas, como aplicar prescripciones diferentes, ya que la responsabilidad administrativa está sometida a la prescripción de un año (artículo 142.5 de la Ley 30/1992), mientras que la prescripción civil por responsabilidad extracontractual es de tres años [artículo 121.21.d) de la primera Ley del Código Civil de Cataluña, Ley 29/2002].

Sea como fuera, los problemas no acaban con la unidad de jurisdicción. En efecto, hay que determinar si la responsabilidad concurrente es solidaria o mancomunada, ya que esta cuestión condiciona el planteamiento procesal del recurrente. Así, si estamos ante una responsabilidad solidaria, es indiferente que el actor accione sólo contra la Administración. El artículo 1144 del Código Civil faculta al acreedor a dirigirse contra todos los deudores solidarios o sólo contra uno de ellos, de forma que el afectado puede

pedir toda la responsabilidad a la Administración, sin perjuicio de la posibilidad de que repita después la cuota que pueda corresponder al responsable concurrente. Por el contrario, si la responsabilidad es mancomunada, el recurrente se deberá dirigir necesariamente contra todos los eventuales responsables, con el riesgo de que finalmente obtenga una satisfacción parcial, limitada a la cuota de responsabilidad imputable a quienes hayan sido demandados.

Desde un punto de vista procesal, el artículo 12 de la Ley de enjuiciamiento civil impone el litisconsorcio pasivo necesario en los casos en que la tutela jurisdiccional sólo pueda hacerse efectiva frente a diversos sujetos conjuntamente considerados. Por lo tanto, este requerimiento en la forma de plantear el recurso no resulta exigible en los casos de responsabilidad solidaria –porque ya se ha visto que la obligación se puede hacer efectiva en su totalidad frente a cualquiera de los obligados–. Pero sí es exigible el litisconsorcio pasivo en el caso de la responsabilidad mancomunada, con el riesgo de que la sentencia se limite a conceder solamente la cuota de responsabilidad que corresponde a los efectivamente demandados, ya que no se puede condenar a los que no han sido demandados formalmente. En este sentido, el artículo 72.3 de la Ley jurisdiccional establece que las sentencias referidas al reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo tienen efectos entre las partes.

Cabe entender que esta obligación del recurrente de formular el recurso contra todos los responsables mancomunados no puede ser sustituida por el emplazamiento que la Ley jurisdiccional prevé respecto a los interesados, ya que este emplazamiento es una mera información a los efectos de la comparecencia voluntaria del codemandado, y el particular puede perfectamente no sentirse afectado por una reclamación que no se dirige contra él sino exclusivamente contra la Administración; del mismo modo que en una acción civil dirigida exclusivamente contra el particular corresponsable no es exigible la comparecencia de la Administración ni, por lo tanto, puede ser finalmente condenada.

Así pues, la cuestión es si la responsabilidad extracontractual es solidaria o mancomunada. Pues bien, el artículo 1137 del Código Civil impone el principio general de mancomunidad. En efecto, la solidaridad no se presume, y sólo se produce cuando así lo determinen las partes o la Ley. Ciertamente, este planteamiento tan rotundo ha sido matizado por la jurisprudencia civil, que ha venido estableciendo supuestos adicionales de solidaridad, entre ellos precisamente el caso de la responsabilidad extracontractual (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencias de 10 de noviembre de 1981 –RJ 4471– y de 8

de febrero de 1991 –RJ 1157–). Ahora bien, en el ámbito administrativo cabe mantener el principio general de mancomunidad. En efecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa no ha recibido por ahora la jurisprudencia civil, y continúa manteniendo cuando ha tenido ocasión el principio de responsabilidad mancomunada, salvo que no sea posible diferenciar las cuotas de responsabilidad de quienes concurren (Tribunal Supremo, sentencias de 28 de junio de 2006 y de 12 de diciembre de 2001). Debe señalarse en este sentido que el artículo 140 de la Ley 30/1992 –que se refiere a la responsabilidad concurrente entre administraciones públicas– fue ampliado por la Ley 4/1999 precisamente para introducir la regla de la responsabilidad mancomunada para los supuestos ordinarios de concurrencia, tan sólo con la excepción de los casos de responsabilidad derivada de fórmulas de actuación conjunta.

Así pues, hay que concluir que en el ámbito administrativo la regla es la mancomunidad y la excepción, la solidaridad, y que esta excepción se aplica esencialmente a los casos en los que no sea posible diferenciar la parte de responsabilidad que corresponde a cada sujeto causante del daño.

Consiguientemente, el perjudicado deberá demandar a todos los responsables que potencialmente hayan podido concurrir en la producción del daño, con el riesgo de ver disminuida la compensación a la cuota correspondiente a los demandados o a quienes voluntariamente comparezcan en esta calidad.

3. Responsabilidad en relaciones de sujeción especial

Se plantea si la responsabilidad de la Administración opera con los mismos parámetros e intensidad cuando se refiere a daños ocasionados en el marco de una relación de sujeción especial. Hay que ser conscientes de que los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal en las relaciones internas entre la Administración y su personal o en otras relaciones de sujeción especial serían enormes.

Cabe recordar que el régimen administrativo de responsabilidad patrimonial constituye una excepción bien singular del régimen general de responsabilidad por culpa de lo previsto en el artículo 1902 del Código Civil. La cuestión es si este régimen específico de responsabilidad objetiva es único y aplicable a cualquier actuación administrativa, o bien se construye al marco de la relación general entre Administración y ciudadano y al marco de las prestaciones y servicios públicos que la Administración pública ofrece a los usuarios en general. Un régimen especial de responsabilidad que actúa como una garantía más incorporada al estatuto del ciudadano como tal en su relación con los poderes públicos. De acuerdo con

este planteamiento, este específico estatuto de responsabilidad patrimonial objetiva no tiene por qué aplicarse en el ámbito de determinadas relaciones de sujeción especial, como la relación de la Administración con su personal. En este caso el empleado público se encuentra en una posición que no es propiamente la de un ciudadano ante los poderes públicos y no tiene por qué quedar protegido con el estatuto y las especiales garantías que son propias de los ciudadanos como tales. Debe señalarse que cuando el artículo 139 de la Ley 30/1992 define conceptualmente la responsabilidad de las administraciones públicas lo hace como un derecho de los particulares frente a la Administración pública: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados...”, concepto de particular que hay que referir inicialmente a los ciudadanos en el marco de una relación de sujeción general con las administraciones o poderes públicos.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 1 de febrero de 2003 –casación núm. 7061/2001– y de 14 de octubre de 2004 –casación núm. 2282/2000–) ha distinguido varios supuestos: cuando el daño ha sido causado por el funcionamiento normal del servicio público –por ejemplo, el daño causado a un agente de policía en el transcurso de una actuación típica– hay que entender que el perjudicado asume el riesgo inherente a la función que ejerce, de forma que la compensación se debe limitar a la prevista ordinariamente en el ordenamiento en el marco de la relación estatutaria, sean las prestaciones de seguridad social, sean las indemnizaciones genéricamente previstas en determinados supuestos –por ejemplo, las prestaciones establecidas por acciones terroristas–. En definitiva, no estamos en este caso ante un daño antijurídico.

Al mismo tiempo, si el daño ha sido causado por un funcionamiento incorrecto del servicio público, hay que distinguir si la irregularidad es imputable o no al perjudicado; en el primer caso, la causa del daño es el mismo perjudicado y no opera la responsabilidad de la Administración. Si la causa del daño es ajena al perjudicado, opera plenamente la responsabilidad de la Administración.

Así pues, en el marco de una relación estatutaria la posición del funcionario perjudicado es sustancialmente igual a la del perjudicado en una relación civil, ya que finalmente sólo hay responsabilidad por culpa o negligencia –por funcionamiento anormal.

La cuestión es si las anteriores consideraciones, que han sido elaboradas por el Tribunal Supremo al hilo de la relación funcional, son extensibles a otras relaciones de sujeción especial, como la del usuario del servicio público. En términos generales, la jurisprudencia no se ha planteado esta cuestión específica, y ha venido aplicando genéricamente el régimen

de responsabilidad patrimonial a la prestación del servicio público. Entiendo que en este punto habría que salvar la situación de los daños ocasionados por insuficiencia de las prestaciones del servicio público. En efecto, el alcance de un servicio público no es infinito, todos los servicios tienen unos límites. No es razonablemente exigible que la sanidad, la seguridad o el transporte públicos hayan de dar satisfacción a todos los intereses y situaciones, ni se puede pedir que el diseño y configuración de las vías públicas sea impecable, y que su mantenimiento sea inmediato. Entiendo que el servicio público debe quedar limitado a las prestaciones establecidas en la legislación o, en su defecto, las que sean razonablemente exigibles, a partir de unos estándares sostenibles. Más allá de estos estándares legales o convencionales, hay que entender que no existe servicio público, y, en consecuencia, no existe responsabilidad administrativa por falta de sujeto responsable en la relación causal.

4. La posición de las compañías de seguros

4.1. La unidad de jurisdicción

La unificación jurisdiccional a que antes se ha hecho referencia afecta también a los recursos planteados contra las compañías de seguros que dan cobertura a las administraciones públicas, de forma que también en este caso desaparece inicialmente la confusión de jurisdicciones.

Ahora bien, el artículo 76 de la Ley 50/1980, de contratos de seguro, establece el deber del asegurado de poner en conocimiento del perjudicado la existencia de un contrato de seguro y su contenido para que éste pueda formular si lo desea una acción jurisdiccional directa contra la compañía de seguros. Por lo tanto, la legislación específica prevé una reclamación jurisdiccional independiente del asegurado, en este caso, independiente de la Administración pública. La cuestión es si por esta vía vuelve nuevamente la jurisdicción civil, ya que en definitiva estamos en un pleito entre privados, sin presencia administrativa.

La jurisprudencia se ha mostrado contradictoria; en la obra de Berberoff y Sospedra se citan dos sentencias de las audiencias provinciales de Málaga y Asturias a favor de esta posibilidad (respectivamente, de 20 de febrero y 5 de octubre de 2004), y una sentencia en contra de la Audiencia Provincial de Madrid (3 de noviembre de 2004).

Sin embargo, el artículo 2 de la Ley jurisdiccional parece claro al atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa no solamente los recursos interpuestos contra las administraciones públicas sino la materia en general referida a la responsabilidad patrimonial administrativa:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

[...]

e) La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”

En el mismo sentido, el artículo 9 de la Ley orgánica del Poder Judicial atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo cualquier reclamación referida a la actuación de las administraciones públicas y específicamente en relación con la responsabilidad patrimonial:

“Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.”

Por lo tanto, la atribución jurisdiccional es objetiva, por razón de la materia, independientemente del sujeto demandado, y en el caso de una reclamación directa a la compañía de seguros lo que se debate es la responsabilidad del asegurado; esto es, la responsabilidad de la Administración y su régimen jurídico público. Por otro lado, la reclamación directa a la compañía de seguros obviaría una cuestión obligada, como la vía administrativa, de forma que se llegaría a un pronunciamiento jurisdiccional sin acto previo administrativo.

4.2. La posición jurídica de la aseguradora

Con respecto a la posición jurídica de la aseguradora, hay que tener presente que lo que se debate es la responsabilidad de la Administración, pero la posición de la aseguradora no es la de quien se subroga en la posición de la Administración, no es un sustituto de la Administración. Ante terceros, la aseguradora no desplaza a la Administración para colocarse en su lugar, sino que aparece como responsable concurrente, concretamente responsable solidario al lado de la Administración porque no es posible distinguir su responsabilidad de la municipal. Un responsable solidario por lo menos respecto a los riesgos que tie-

nen cobertura en la póliza. Otra cosa es que en las relaciones internas entre Administración y aseguradora no exista una situación típica de solidaridad –de reparto de la deuda– sino de sustitución en la deuda por parte de la aseguradora.

En consecuencia, se puede debatir en el proceso el alcance de la responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora; esto es, si la responsabilidad pedida queda incluida dentro de los riesgos cubiertos por la póliza o, por el contrario, hay una parte de la responsabilidad que debe ser asumida en solitario por la Administración. El debate procesal no queda limitado a la existencia de responsabilidad de la Administración demandada, sino también a las relaciones internas entre los codemandados si las partes así lo plantean, y la sentencia deberá abordar esta cuestión en cumplimiento del deber de congruencia. Un debate –el de las relaciones internas entre Administración y aseguradora– que no correspondería si la posición de la segunda fuera de mera subrogación con respecto a la primera.

Sea como fuere, hay que tener cuidado en los supuestos cada vez más frecuentes en que la compañía de seguros asume la defensa de la Administración, ya que los intereses y la posición de una y otra pueden no ser los mismos si hay diferencias sobre el alcance de la cobertura del seguro. En estos casos, dejar la representación de la Administración en manos de la aseguradora puede ser peligroso.

4.3. Los intereses especiales del artículo 20 de la LCS

Una de las peculiaridades en la posición jurídica de las compañías de seguros se encuentra en el interés especial que la Ley 50/1980, del contrato de seguros, prevé con respecto a la demora del asegurador. En efecto, el artículo 20 de dicha Ley establece un interés especial, que es el interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento. Este interés se devenga a partir de los tres meses del siniestro o bien a los cuarenta días de su comunicación. A partir de los dos años este interés no podrá ser inferior al tipo del veinte por ciento. La Ley prevé que el hecho de que la deuda no sea líquido no es obstáculo para el devengo de este interés a favor de quien haya de cobrar la indemnización, sea el asegurado, sea el tercero perjudicado. Un interés que no opera cuando exista una causa justificada para oponerse a éste.

En cualquier caso, se trata de un interés que afecta a la compañía de seguros en solitario, no a la Administración.

La jurisprudencia ha delimitado claramente la procedencia de este interés especial, en el sentido de que sólo procede en el caso de acción directa contra la compañía aseguradora, cuando la situación de

demora es imputable a ésta. Tampoco hay demora si la Administración niega la responsabilidad y ésta sólo surge a partir de la declaración judicial (STS de 19 de septiembre de 2006).

Por otro lado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido en sentencia de 1 de marzo de 2007 el modo de computar el interés en el sentido de que el tipo mínimo del veinte por ciento en caso de demora superior a los dos años se aplica a partir del tercer año, de forma que durante los dos primeros años sólo opera el tipo legal incrementado en el cincuenta por ciento.

5. Plazo para ejercer la acción de responsabilidad

5.1. El principio de la *actio nata*

El artículo 142.5 de la Ley 30/1992 establece el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Un plazo que cuenta desde el momento en que se produjo el daño o desde el momento en que se manifiesta el resultado lesivo. Este precepto añade que en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empieza a contar desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas.

Este planteamiento recoge una larga jurisprudencia referida al principio de *actio nata* del artículo 1969 del Código Civil, en el sentido de que la prescripción cuenta desde el momento en que la acción se pudo ejercitar. Así pues, el plazo no empieza a correr hasta que no se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción. En este sentido, por ejemplo, la acción para exigir la responsabilidad derivada de la anulación de una disposición de carácter general no computa hasta el momento de la sentencia de nulidad (STS de 3 de noviembre de 2006); o, en una cuestión incurso en un proceso penal, hasta que en la sentencia penal se fijan los hechos y se resuelve sobre la eventual falta de legitimidad del daño (STS de 7 de diciembre de 2005).

Este planteamiento no siempre es favorable al afectado, ya que puede suceder que se precipite al interponer la reclamación o el recurso cuando aún no se han estabilizado las secuelas o los resultados dañosos, situación en la que la responsabilidad queda limitada a los daños efectivamente constatados, pero no a los futuros, ya que no se puede dejar para ejecución de sentencia la valoración de unos daños aún no sucedidos (STS de 19 de diciembre de 2006).

5.2. Interrupción del plazo

El plazo para ejercer la acción de responsabilidad es un plazo de prescripción, de forma que admite inte-

rrupciones (STS de 31 de mayo de 1999). Por lo tanto, resultan aplicables al caso los motivos previstos en la primera Ley del Código Civil de Cataluña, norma que prevé no sólo motivos de interrupción –artículo 121.11–, sino también causas de suspensión del plazo –artículo 121.15 y ss.–, singularmente la fuerza mayor sucedida en los últimos seis meses del plazo.

Pues bien, la jurisprudencia ha acotado el motivo más frecuente de interrupción de la prescripción, que es la reclamación judicial o extrajudicial. En este sentido, se admite que la acción penal o civil interrumpe la prescripción, salvo que ésta sea manifiestamente inadecuada. También la reclamación en vía administrativa de la compensación de los daños interrumpe la prescripción, pero siempre que esta reclamación sea idónea (STS de 21 de marzo de 2000).

Por su parte, la jurisprudencia civil ha profundizado en este aspecto estableciendo que solamente existe interrupción de la prescripción si la acción se dirige al sujeto pasivo adecuado (Tribunal Supremo, Sala Primera, sentencia de 22 de marzo de 1971, RJ 1302), o si la acción ejercida anteriormente es la misma que se ejerce posteriormente, no otras que sean más o menos análogas (Tribunal Supremo, Sala Primera, sentencia de 8 de marzo de 1975, RJ 1302).

5.3. El supuesto de los daños continuados

Según se ha dicho, el cómputo de la acción de responsabilidad no empieza hasta el momento en que los daños quedan estabilizados y son conocidos. Éste es el inicio del cómputo del plazo, independientemente de que los daños se continúen produciendo en el futuro, como por ejemplo sucede con las secuelas. Por lo tanto, el hecho de que un daño sea continuado no puede suponer que el plazo de reclamación se mantenga permanentemente abierto. Éste es el planteamiento que se desprende del artículo 142.5 de la Ley 30/1992 y también el que deriva del principio de *actio nata*, ya que a partir del momento en que el afectado conoce el alcance del daño –aunque éste se proyecte hacia el futuro–, dispone ya de todos los elementos necesarios para exigir la responsabilidad.

Sin embargo, la jurisprudencia no mantiene siempre este criterio. Así, en ocasiones se entiende que en el caso de daños duraderos o de trato sucesivo, hay que esperar a que el efecto lesivo se acabe de manifestar (STS de 12 de mayo de 1997), criterio que aplicado a las secuelas comportaría un plazo de reclamación infinito. En el mismo sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2006 se refiere a la extinción del derecho de caza de un particular como consecuencia del hecho de que el lugar fue declarado parque natural; el Tribunal Supremo entendió que como el daño se proyecta durante la vigencia del permiso

de caza, la prescripción no contaba hasta el vencimiento del permiso anulado.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha matizado esta interpretación, en el sentido de que cuando se trata de daños de producción sucesiva e ininterrumpida, el plazo sólo queda abierto si no es posible fraccionar los daños en etapas o en hechos diferenciados (sentencia de 20 de julio de 2001).

Por su parte, la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de 10 de junio de 2004 mantiene una doctrina más elaborada que limita los supuestos de daño continuado a aquellos que se producen de forma gradual y sin solución de continuidad, de forma que el resultado dañoso no puede ser evaluado hasta el final, mientras que si el daño es conocido en su extensión, aunque se proyecte hacia el futuro, la situación es diferente. Esto es, la prescripción cuenta desde el momento en que se da este conocimiento cierto sobre el alcance del daño.

6. Cuantificación del daño

6.1. Expectativas de derecho y lucro cesante

Según establece el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. Por lo tanto, el primer requerimiento es que el daño sea efectivo, eso es, que se haya producido una pérdida real en el patrimonio del afectado.

Este planteamiento excluye ya de entrada los daños hipotéticos y futuros. En efecto, el Tribunal Supremo ha descartado la compensación de daños basados en meras hipótesis y conjeturas (STS de 24 de febrero de 2005, EDJ 2005/71692) o la compensación de meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes (STS de 12 de mayo de 1997, EDJ 1997/3188).

Ahora bien, la necesidad de que el daño sea efectivo no excluye los daños futuros siempre que éstos sean ciertos. En este sentido, el daño indemnizable incluye también el lucro cesante de acuerdo con el principio general del artículo 1106 del Código Civil. Otra cosa es que la fijación del lucro cesante se deba hacer sobre una base bastante cierta y contrastada, aunque no hace falta acreditar que los beneficios perdidos eran absolutamente indiscutibles. Así, del cálculo hay que excluir los denominados “sueños de ganancia”, pero no las ganancias que se pueden esperar razonablemente, dada la situación y a la vista de los medios dedicados por el afectado para su consecución. Determinada jurisprudencia exige que el lucro cesante esté ya predeterminado, aunque pendiente de materialización (STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1997). En definitiva, se excluyen las meras expectativas o las ganancias dudosas o contingentes

o las que dependen de circunstancias aún no sucedidas y potenciales.

Por otro lado, el lucro cesante exige una prueba rigurosa y su apreciación es restrictiva (STS de 12 de mayo de 1997).

Aparte de los daños hipotéticos –meramente posibles pero no ciertos–, la jurisprudencia excluye también las expectativas de derecho. Esto es, pérdidas futuras que aunque sean indiscutibles o perfectamente previsibles, no responden a un derecho consolidado, sino a una mera expectativa jurídica.

Un caso significativo es el de anticipación de la edad de jubilación. En este caso la jurisprudencia ha señalado que el funcionario no tiene un derecho subjetivo a jubilarse a la edad legalmente prevista en un momento determinado; lo que el funcionario tiene es una mera expectativa, de modo que la modificación legal de la edad de jubilación no afecta a un derecho subjetivo o un interés cierto, efectivo y actual (STS de 22 de marzo de 1999).

Esta jurisprudencia contrasta con el avance que ha experimentado el ordenamiento administrativo en el sentido de reconocer plenamente el interés legítimo. La cuestión es que la responsabilidad queda limitada a “la lesión de bienes y derechos” que sufra el particular, esto es, al sacrificio de derechos subjetivos. La expectativa de derecho no alcanza la condición de derecho subjetivo, y quizá por esta razón queda fuera del ámbito de la responsabilidad patrimonial. Ahora bien, no cabe duda de que la expectativa puede representar un valor económico en sí misma y, en este sentido, hay otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico público que otorgan un valor a las expectativas y que disponen su compensación. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la valoración de las expectativas urbanísticas en las expropiaciones de suelo no urbanizable (Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Sexta, sentencia de 10 de febrero de 2000).

6.2. Daño moral

Entre los daños susceptibles de compensación se incluyen también situaciones intangibles como el daño moral o el dolor (*pretium doloris*).

La introducción del daño moral se produjo en el ámbito administrativo a partir del denominado caso *de los novios de Granada* (STS de 12 de marzo de 1975), cuando un interno en un hospital psiquiátrico provincial se tiró por la ventana y cayó sobre una pareja de novios que paseaba por la calle, y mató al novio. Una sentencia que mezcla el daño moral con referencias al valor económico del novio tanto para los padres como para la novia.

A partir de esta apertura jurisprudencial, el daño moral se ha ido asentando y ha tomado entidad pro-

pia. Así, la jurisprudencia compensa el daño ocasionado por la falta de información sobre posibles malformaciones del feto y la subsiguiente falta de oportunidad para tomar una decisión sobre un eventual aborto (STS de 30 de junio de 2006), el daño al prestigio profesional derivado de la filtración de una sanción a un funcionario (STS de 2 de noviembre de 2006), los daños morales sufridos por la persona encarcelada una vez decretado el sobreseimiento de la causa (STS de 20 de septiembre de 2006, rec. 4882/2002), o el especial retraso en la tramitación de un proceso judicial (STS de 15 de marzo de 2006, rec. 2710/2002).

Se trata de compensar la lesión de derechos inmatrimoniales como el prestigio, la dignidad, el honor, la intimidad, la imagen, etcétera.

Siguiendo la doctrina norteamericana, nuestra jurisprudencia impone que el daño sea relativamente grave (STS de 30 de junio de 2006). Al mismo tiempo, parte de nuestra jurisprudencia condiciona la indemnización del daño moral al hecho de que no exista indemnización de un daño patrimonial paralelo, en el sentido de que el daño moral no puede actuar como una ampliación del daño patrimonial: "Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual" (STS de 6 de abril de 2006), aunque ésta no es la posición mayoritaria, que, en general, admite el daño moral como un componente más de la indemnización final, muchas veces estimada conjuntamente en un cómputo (v. gr. STS de 17 de enero de 2006, rec. 8425/1999).

Por lo que se refiere a la valoración del daño moral, no existe discrepancia en la jurisprudencia sobre la falta de parámetros objetivos, de forma que usualmente la cantidad es definida a tanto alzado sobre la base de una valoración en conciencia de las pruebas y las circunstancias.

Cabe decir que la mesa de indemnizaciones que se utiliza habitualmente a los efectos de valorar las lesiones físicas o la muerte del afectado, que es la mesa incluida en el Real decreto legislativo 8/2004, que aprueba la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, ya incorpora la parte de daño moral correspondiente en las indemnizaciones que establece.

6.3. Compatibilidad de la responsabilidad patrimonial con otras prestaciones

Las prestaciones devengadas en aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial en la medida que tienen causa en títulos jurídicos diferentes. En efecto, la responsabilidad extracontractual de la

Administración tiende a garantizar la plena indemnidad de la víctima, objetivo que las otras prestaciones que eventualmente puedan corresponder respecto al daño no aseguran ordinariamente. Ahora bien, esta compatibilidad no comporta ignorar las otras prestaciones percibidas, ya que compensar de nuevo todo el daño cuando la víctima ha podido recibir compensaciones parciales por otras vías llevaría a una situación de enriquecimiento injusto, de forma que en el momento de fijar la indemnización por responsabilidad patrimonial hay que valorar la situación en su conjunto (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, sentencias de 7 de diciembre de 2005 –Cendoj: 28079130062005100528–, y de 19 de abril de 1997 –EDJ 5342).

En este contexto, si la víctima mantenía una relación laboral en el momento del accidente o del daño, causó baja laboral y, lógicamente, recibió las correspondientes prestaciones. Por lo tanto, ya existe una compensación parcial por esta vía y hay que tener en cuenta esta circunstancia a la hora de establecer la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder.

7. Intereses y actualización

El principio de indemnidad del afectado es constante en la jurisprudencia en el momento de establecer la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Una vez acreditado que existe un daño antijurídico a un particular que es consecuencia de una actuación administrativa, hay que compensar el daño que ha sufrido el perjudicado, y esta compensación debe ser íntegra.

En este contexto se plantean dos cuestiones. Una se refiere a la forma de valorar el daño, es decir, a qué criterios de cuantificación hay que utilizar. La otra cuestión se refiere a cómo, una vez obtenida la indemnización, se mantiene su valor hasta el momento en que debe ser abonada.

En esta última cuestión, existen varios sistemas que permiten actualizar la cantidad aplicando determinados índices, como el índice de precios al consumo o cualquier otra cláusula de estabilización, pero la institución jurídica tradicional al efecto es la de los intereses.

Ahora bien, los intereses responden a dos objetivos muy diferentes, o bien la penalización de un incumplimiento y el estímulo consiguiente para abonar la deuda, o bien el simple mantenimiento del valor de la deuda –la restitución integral–, en el margen de cualquier situación de incumplimiento. La primera modalidad de interés es el interés de demora, que requiere que el deudor se haya situado en posición de demora, situación para la que tradicio-

nalmente hacía falta que la deuda estuviera vencida, líquida y exigible y que, además, el deudor no pudiese oponer excepciones al pago. El ordenamiento se ha resistido siempre a imponer el interés de demora a la Administración en aplicación del principio tradicional *princeps in contractibus non debet usuras*, y muestra de esta resistencia es la forma tan diferente en que la Ley general presupuestaría trata los intereses a favor o en contra de la Administración (artículos 17 y 24), o en el trato de la Administración en casos de demora procesal (artículo 106 de la LJCA en relación con el artículo 576 de la LECi), diferencia que el Tribunal Constitucional ha criticado en alguna ocasión (sentencia núm. 141/1997, de 15 de septiembre).

Pues bien, el sistema de actualización de la deuda merece atención en la medida en que la situación se puede calificar por ahora como caótica. En efecto, la Ley 30/1992 es muy precisa a la hora de definir el momento de valoración y la forma de actualización de la indemnización, y lo hace dejando de lado aunque sea parcialmente la institución tradicional de los intereses. El artículo 141 dispone lo siguiente:

“2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

“3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley general presupuestaria.”

Así pues, se establece un régimen de actualización relativamente neutro como el índice de precios al consumo, sistema que llega hasta el momento en que se pone fin al procedimiento administrativo. En los casos muy frecuentes de silencio por parte de la Administración, el procedimiento continúa indefinidamente abierto a la espera de que la Administración cumpla el deber jurídico de adoptar una resolución expresa. En estos casos, hay que entender que el procedimiento tiene su final en el momento en que el afectado así lo entiende e interpone el recurso jurisdiccional, superando de esta manera la vía administrativa.

A partir de la resolución expresa de la Administración o de la interposición del recurso jurisdiccional, el artículo 141.3 no prevé ningún sistema de actualización de la deuda hasta que no resultan procedentes los intereses de demora previstos en la Ley general presupuestaria; esto es, a partir del momento en que el afectado reclame los intereses una vez pasa-

do el período de tres meses desde la notificación de la resolución judicial o administrativa que reconoce la deuda (artículo 24 de la Ley 47/2003). Por lo tanto, en el planteamiento del artículo 141.3 de la Ley 30/1992, existe un tratamiento fundamentado en la indemnidad pero sólo hasta la resolución administrativa. A partir de este momento se cambia a la lógica de la demora, situación que se agrava para el particular a consecuencia de los privilegios de la Administración en este punto. En efecto, a partir de la resolución administrativa aparece un lapso de tiempo, que es el que se corresponde con la tramitación del proceso jurisdiccional en las diversas instancias –que puede ser un período muy considerable–, que no cuenta a los efectos de la actualización de la deuda; una situación que efectivamente cuestiona el principio de indemnidad del afectado. Sin embargo, éste es indudablemente el régimen establecido en la Ley, un planteamiento que no debería ser obviado sin más.

Pues bien, la respuesta de la jurisprudencia es muy dispersa. Para empezar, se reconoce la pluralidad y la intercambiabilidad de las diversas técnicas de actualización, que sustancialmente son tres: la aplicación del interés legal, la actualización a partir de cualquier índice o cláusula de estabilización, o bien la fijación de la indemnización aplicada en el mismo momento de la sentencia (Tribunal Supremo, sentencia de casación en interés de ley de 3 de diciembre de 2002). A partir de estas tres posibilidades básicas, las técnicas aplicadas son muy variadas:

–En algunos casos se ha entrado en la lógica de la Ley general presupuestaria, aunque haciendo retroactivo el interés devengado a los tres meses iniciales de la demora (STS, Sala de Revisión, sentencia de 9 de noviembre de 1989, y sentencia de 11 de mayo de 1999).

–Existen sentencias que calculan el daño por referencia al momento en que se produjo, con actualización según el índice de precios al consumo hasta el momento de la sentencia y eventual demora judicial después de la sentencia (STS de 3 de noviembre de 2006).

–Otras sentencias que definen la indemnización por referencia al momento de dictar la sentencia (STS de casación en interés de ley de 3 de diciembre de 2002).

–En otros casos, se aplica el interés legal desde la reclamación en vía administrativa hasta la sentencia de primera instancia, sin perjuicio de los intereses judiciales desde la propia sentencia de instancia (STS de 14 de octubre de 2004 y de 19 de diciembre de 2006).

–El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, abona el criterio de los intereses legales desde la reclamación en vía administrativa hasta el pago (sentencia núm. 166/2007, de 2 de marzo) o

bien, en caso de lesiones personales, la aplicación del baremo vigente en el momento de la sentencia.

–Existen sentencias que fijan la indemnización no de acuerdo con el momento del daño, sino de acuerdo con el momento de la fijación en vía jurisdiccional, con posterior aplicación de la Ley general presupuestaria (STS de 9 de noviembre de 2005).

–Finalmente, existen sentencias que fijan la indemnización en el momento del daño, con actualización según el índice del INE en el momento de la sentencia definitiva y posteriores intereses por demora judicial (STS de 31 de enero de 2006).

Ninguna de estas líneas jurisprudenciales aplica el artículo 141.3 de la Ley general presupuestaria. Como se ha visto, la Ley establece claramente la fijación inicial de la indemnización en el momento de producción del daño, la actualización según el índice de precios del consumo en el momento de la resolución administrativa y posteriormente la aplicación de los intereses de la Ley general presupuestaria, esto es, a partir de los tres meses contados desde la resolución administrativa o jurisdiccional que establece la deuda. Planteamiento que, si se quiere, se puede completar en los períodos en que la deuda no se actualiza –durante la tramitación judicial– suplementando el régimen de la Ley 30/1992 con el Código Civil; esto es, aplicando a este período los intereses genéricamente establecidos en el artículo 1108 del CC. Una integración legislativa que se puede fundamentar no sólo en el principio de indemnidad o de restitución integral, sino también en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto, ya que enriquecimiento injusto es la disminución que experimenta el valor de la indemnización a causa del paso del tiempo en la fijación y el pago de la indemnización. ■

Acceso, promoción y movilidad en la función pública local

1. Introducción.
2. El acceso a la función pública local.
3. Promoción de los funcionarios locales.
 - 3.1. La promoción interna vertical.
 - 3.2. La promoción interna horizontal.
 - 3.3. La carrera horizontal.
4. Provisión de puestos de trabajo y movilidad.
 - 4.1. Provisión de puestos por libre designación.
 - 4.2. El concurso de méritos.
 - 4.3. La redistribución de efectivos.
 - 4.4. La movilidad interadministrativa.
5. La incidencia del Estatuto básico en los empleados públicos locales.

Francisco José Sospedra Navas
*Magistrado de la Sala de lo
Contencioso-Administrativo del Tribunal
Superior de Justicia de Cataluña*

1. Introducción

El sistema de acceso, promoción y movilidad en la función pública está en conexión directa con el propio modelo de función pública.

En Derecho español, el modelo tradicional ha sido el de carrera, de inspiración francesa, que fue objeto de importantes matices en la Ley de medidas de función pública de 1984, influenciados por el sistema norteamericano y alemán, que propugnan un modelo abierto de función pública, donde prima el concepto de puesto de trabajo sobre el de carrera funcionarial.

La incidencia negativa de la Ley de 1984 en el sistema tradicional de carrera ha venido atenuándose en las sucesivas reformas en materia de función pública, las cuales han supuesto una especie de regreso al modelo de carrera funcionarial, lo cual se ha visto confirmado con la promulgación del Estatuto básico del empleado público, donde se fomentan algunas medidas propias del sistema de carrera como lo son la promoción interna o la carrera horizontal, es decir, no ligada necesariamente al cambio de puesto de trabajo.

Por otra parte, en el ámbito concreto de la función pública local, la regulación de la Ley básica de régimen local y de las normas de desarrollo presentaban ciertas carencias en tanto que no dan respuesta expresa a gran parte de la problemática que se plantea en el ámbito de organizaciones de reducidas dimensiones, como es el caso de muchas administraciones locales. Especialmente, en materia de promoción profesional y movilidad, los funcionarios locales tienen unas limitaciones especialmente intensas, a las que no se ha dado respuesta suficiente en la ordenación vigente de la función pública local. En este apartado, el Estatuto básico del empleado público, aunque mejora técnicamente la ordenación de la función pública local, no avanza suficientemente en relación con la regulación establecida en la legislación precedente. Los mecanismos para posibilitar la movilidad voluntaria entre administraciones públicas dependen de la efectiva implantación de las medidas previstas en el Estatuto, donde tienen especial protagonismo los instrumentos de colaboración interadministrativa, tales como los convenios de conferencia sectorial, lo que supone que, en la práctica, será la voluntad política de las diferentes administraciones territoriales la que determinará un mayor o menor juego aplicativo de estas medidas de movilidad.

En esta sesión, se pretende realizar una visión actual de la interpretación de la jurisprudencia en materia de acceso, promoción y movilidad en la función pública, atendiendo fundamentalmente a las peculiaridades de la función pública local, y con las necesarias referencias a las prescripciones del nuevo Estatuto básico del empleado público.

2. El acceso a la función pública local

En relación con el acceso a la función pública local, como es sabido, son tres los sistemas de selección: la oposición libre, el concurso-oposición y el concurso de méritos.

Una primera patología importante en esta materia se presenta en relación con el sistema selectivo a utilizar, siendo específico en el ámbito local la tendencia a utilizar el sistema de concurso de méritos como mecanismo para garantizar la selección del candidato predeterminado, generalmente el que ocupa la plaza.

En primer lugar, hay que indicar que el concurso es un sistema de selección excepcional para cubrir determinadas plazas singulares. Así resulta definido de forma uniforme en la legislación vigente, y se mantiene en el artículo 61.6 del Estatuto básico del empleado público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril (en adelante, EBEP), el cual establece que el concurso de méritos sólo puede aplicarse en virtud de disposición de ley, consistiendo únicamente en la valoración de los méritos.

En el ámbito de la legislación catalana, el concurso sólo puede utilizarse de forma excepcional para cubrir plazas singulares, de los grupos A y B, que presenten especificidades relevantes que hagan necesaria su cobertura por personas de méritos relevantes y condiciones excepcionales.

En el ámbito de la función pública local, se ha planteado la utilización de tal criterio en relación con plazas de ayuntamientos de asesores jurídicos que, de forma forzada, se catalogan como plazas de la Escala Especial para permitir la utilización del concurso como sistema de cobertura. En relación con esta cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado en sendas sentencias de fecha 30 de marzo de 2004, dictada en el recurso 3055/1998, y de 17 de marzo de 2005, dictada en el recurso 1639/2000, indicando que la habilitación prevista en la legislación local para utilizar el sistema de concurso ha de interpretarse de forma restrictiva y que la opción por el concurso ha de estar asentada en alguna característica singular que justifique el recurso a este sistema excepcional. En este caso, se anulaba el acceso por concurso de méritos a una plaza de técnico jurídico del grupo A con funciones de asesoramiento directo y jefatura de servicios, por entender que se trata de funciones que no presentan especificidades técnicas relevantes como para precisar la cobertura por persona singular de condiciones excepcionales.

Este mismo criterio restrictivo se ha aplicado en la fase de concurso cuando el sistema selectivo utilizado es el de concurso-oposición. Este criterio restric-

tivo en orden a la incidencia de la fase de concurso en la resolución de las pruebas se infiere de la normativa vigente, estando expresamente establecido en el artículo 61.3 del EBEP cuando indica que “los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de los méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo”.

En la interpretación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se encuentran algunos supuestos donde se aplica este criterio restrictivo para la fase de concurso en los sistemas selectivos de concurso-oposición. Así, en el caso de la sentencia de 21 de abril de 2005, dictada en el recurso de apelación 144/2004, se confirma la sentencia que anulaba una convocatoria de un concurso oposición por no haberse respetado el porcentaje máximo atribuido en la fase de concurso establecido en el Decreto de 2002 de policías locales, aunque se superaba por muy poco este límite máximo; en el mismo sentido, la sentencia de 7 de mayo de 2004, dictada en el recurso 366/1999 (JUR 2004, 194003), por cuanto se superaba la valoración de los méritos y niveles de experiencia en más de una tercera parte de la puntuación máxima del concurso oposición, lo cual está vedado por el artículo 296.2 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, y en los mismos términos en el artículo 7 del Decreto 28/1986, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de selección de personal de la Generalitat.

Este criterio restrictivo en cuanto a la puntuación de la fase de concurso resulta en cualquier caso relativamente fácil de controlar en vía jurisdiccional cuando se trata de examinar si las bases de la convocatoria exceden de los índices porcentuales admitidos normativamente. Sin embargo, resulta más difícil controlar si las puntuaciones asignadas a cada uno de los méritos son proporcionadas. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 8 de abril de 2005, dictada en el recurso 1483/2000, indicando que la puntuación de los servicios previos en la fase de concurso, además de ajustarse a los límites establecidos normativamente, ha de ser proporcionada, de manera que el periodo temporal necesario para obtener la puntuación máxima en la fase de concurso ha de tener una cierta entidad.

En el ámbito aplicativo del concurso-oposición, una patología relativamente reiterada, sobre todo dentro de las administraciones locales, es la de otorgar una mayor puntuación al candidato que ha prestado sus servicios en la Administración convocante,

de una forma más o menos camuflada. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de apelación 89/2003, se aborda la cuestión, anulando una base que diferenciaba la puntuación en función del ayuntamiento, en este caso al limitar la posibilidad de puntuación a los casos en que se desempeñara el puesto en régimen laboral (como era el caso del puesto que desempeñaba el aspirante que trabajaba en el ayuntamiento convocante) y fijar la experiencia en función del número de habitantes de la población y no en función de las funciones desarrolladas.

Pero sin duda el sistema selectivo más importante cuantitativamente es el de oposición libre, con o sin fase de concurso, que es el que genera la mayor parte de los conflictos judiciales.

En el ámbito del sistema de oposición, el artículo 61 del EBEP da entrada a procedimientos de selección donde tengan una mayor correlación las pruebas selectivas con el puesto a desempeñar, dando más juego aplicativo a las pruebas prácticas y a los cursos posteriores que se realizan en los centros de la Administración o en los institutos o escuelas de administración pública o a los periodos de prácticas, los cuales se integran en el proceso selectivo.

El artículo 60 del EBEP regula los órganos de selección, primando el carácter técnico en su composición, quedando prohibido que el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual puedan formar parte de los órganos técnicos. En esta misma línea, hay que situar la posibilidad de las administraciones de crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos y la de encomendar estas funciones a los institutos o escuelas de administración pública (artículo 61.4 del EBEP).

Ello supone una incompatibilidad sobrevenida de las normas locales en cuanto a la composición de los tribunales por alcaldes o concejales.

En este punto, en la práctica se había planteado en ocasiones la problemática relativa a la carencia de la especialización técnica por el tribunal o alguno de sus miembros para evaluar a los aspirantes en determinadas materias, al punto que, en ocasiones, la selección quedaba en manos de los asesores externos del órgano de selección, que eran los únicos que tenían conocimientos especializados en la materia.

En el ámbito del control jurisdiccional de los procesos selectivos por el sistema de oposición, las cuestiones siempre giran alrededor de lo que es la franja de discrecionalidad técnica del tribunal calificador y lo que es el campo de control jurisdiccional.

En este punto, aunque la jurisprudencia es uniforme en cuanto a los efectos vinculantes de las bases y la discrecionalidad técnica del órgano de selección,

lo cierto es que se trata de un campo donde el control jurisdiccional se está ampliando progresivamente, eliminando toda idea de exclusión en la llamada discrecionalidad técnica.

En la relación entre discrecionalidad técnica y control jurisdiccional, es de especial interés el análisis realizado en la sentencia de Tribunal Constitucional núm. 86/2004, de 10 de mayo (RTC 2004/86), en cuyo fundamento jurídico tercero se indica:

“hemos de subrayar que ‘ni el artículo 24.1 ni el 23.2 de la CE (RCL 1978/2836) incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica’ (STC 138/2000, de 29 de mayo [RTC 2000/138], F 4). Y es que “debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese “prudente y razonable” arbitrio, nunca “excesivo” (STC 48/1998 [RTC 1998/48]; F 7.a), “las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una ‘presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación’. Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla ‘si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado’, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993 [RTC 1993/353])” (STC 34/1995 [RTC 1995/34], F 3)” (STC 73/1998, de 31 de marzo [RTC 1998/73], F 5).”

No obstante, antes de abordar lo que a mi juicio sería una línea expansiva del control jurisdiccional en materia de actuación de los órganos de selección, habría que delimitar de forma precisa cuál es el campo en que puede hablarse de discrecionalidad técnica del órgano de selección.

Aquí deberíamos distinguir entre lo que son pruebas selectivas en sentido estricto y lo que son pruebas objetivas, o de mínimos, que resultan contempladas expresamente en el artículo 61 del EBEP, como es el caso de reconocimientos médicos.

En este último caso, hay una reiterada interpretación de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el sentido que las pruebas médicas no necesitan un juicio de discrecionalidad tan intenso como el de las pruebas selectivas, además que son realizadas materialmente por los servicios médicos, externos al órgano de selección. Por tanto, quedan fuera del núcleo de discrecionalidad técnica del órgano de selección, de forma que, aunque se presume la legalidad y el acierto en la actuación administrativa, se viene admitiendo la posibilidad que el

resultado de estas pruebas objetivas pueda ser desvirtuado mediante una pericial especializada, y en este sentido pueden citarse las sentencias de 17 de febrero de 2000, 21 de abril de 2005 y 13 de octubre de 2005, entre otras muchas.

Este mismo razonamiento es trasladable a los casos en que el órgano de selección no evalúa la actividad realizada por el aspirante, como es el caso de evaluación de informes externos, superación de cursos de formación de carácter selectivo o periodo de prácticas. En estos supuestos, el tribunal controla la actividad que realizan otros agentes, que son quienes materialmente evalúan al aspirante, por lo que esta evaluación, si bien goza también de la presunción de acierto, queda fuera del ámbito de lo que es el núcleo de discrecionalidad técnica del órgano de selección, lo que deriva en la exigencia de una mayor rigidez en orden a la motivación; en este sentido, pueden citarse las STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2005, dictada en el recurso 1753/2000, y 14 de abril de 2005, dictada en el recurso 1494/2000.

Fuera de estos casos, entra en juego la llamada discrecionalidad técnica del órgano de selección a la hora de evaluar las pruebas selectivas, sobre la cual se proyecta un control expansivo por parte de los tribunales. Tradicionalmente, el ámbito de control judicial sobre la actividad administrativa de selección se ha centrado esencialmente en el examen de la sumisión a las bases de la convocatoria, correcta aplicación de las normas generales, y no-concurrencia de arbitrariedad o disposición de poder. Sin embargo, en la actual evolución de la jurisprudencia, el control alcanza a aspectos que se enmarcan dentro del núcleo de discrecionalidad técnica tales como la razonabilidad en la actuación del órgano de selección –o el arbitrio razonable y prudente–, lo cual permite extender el control a la constatación de si se han utilizado y aplicado criterios razonables de puntuación en el ámbito del proceso selectivo.

Podemos trasladar estas consideraciones al marco de la regulación que realiza el EBEP de las pruebas selectivas. En el artículo 61 se distinguen entre las pruebas principales y las complementarias.

Por una parte, las pruebas selectivas principales están reguladas en el artículo 61.2.II del EBEP y consisten en la comprobación de conocimientos y capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, la superación de pruebas físicas. Estas pruebas principales cabe pensar, por regla general, que serán enjuiciadas directamente por el órgano de selección en el ejercicio de su discrecionalidad técnica.

Por otra parte, el artículo 61.5 del EBEP regula las pruebas selectivas complementarias, que son: la superación de cursos, de periodos de prácticas, exposición curricular por los candidatos, pruebas psicotécnicas, realización de entrevistas o reconocimientos médicos.

En estas pruebas complementarias, podemos distinguir aquellas que cabe pensar que son directamente valoradas por el órgano de selección, como sería el caso de la exposición curricular de los candidatos o realización de entrevistas, de aquellas otras que están fuera del ámbito del examen directo del mismo, como es el caso de los cursos selectivos de formación, periodos de prácticas o pruebas psicotécnicas, donde la selección se realiza materialmente por personas externas al tribunal.

3. Promoción de los funcionarios locales

La promoción del funcionario juega un papel destacado en los sistemas de carrera, pues el mismo se asienta en la progresión profesional y económica del funcionario de carrera.

La Ley de funcionarios civiles de 1964 y la reforma de 1984 mantuvieron los elementos definidores del sistema de carrera, especialmente el derecho al ascenso de los funcionarios, intentando compatibilizar los dos modelos (de carrera y de empleo) que, en principio, son antagónicos. El modelo actual intenta compatibilizar el sistema de puestos de trabajo, con el concepto de carrera, a través de la promoción del funcionario por el desempeño sucesivo de puestos de trabajo de mayor nivel.

En la regulación del EBEP (artículo 16 del EBEP) se contemplan hasta cuatro modalidades de promoción del funcionario: a) carrera horizontal, no ligada necesariamente a la movilidad y donde juega un papel destacado la evaluación del desempeño del puesto de trabajo por parte del funcionario; b) carrera vertical, que consiste en el ascenso a través de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo; c) promoción interna vertical, que consiste en el ascenso de cuerpo o escala de un subgrupo o grupo a otro superior, y d) la promoción interna horizontal, que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional.

Estas prescripciones del EBEP entrarán en vigor a partir de la promulgación de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del Estatuto básico (disposición final cuarta), por lo que ahora debemos detenernos fundamentalmente en el marco normativo vigente en materia de promoción de los funcionarios locales.

En el ámbito de la función pública local, es tradicional en los ordenamientos comparados un sistema de

promoción diferenciado en relación con los funcionarios del ámbito estatal. Así, en el sistema francés, hasta la reforma de 1984, los funcionarios locales estaban tradicionalmente sujetos al sistema de empleo, a diferencia de los cuerpos estatales, y sólo a partir de dicha reforma se introduce el sistema de carrera sobre bases similares para los funcionarios estatales.

Esta dualidad se explica, por una parte, en base a las expectativas de promoción, puesto que cuando la Administración es de dimensiones amplias, los recursos humanos propios son suficientes para colmar las necesidades de personal de mayor cualificación, en tanto que en las administraciones pequeñas debe recurrirse al exterior con cierta regularidad para cubrir los puestos de mayor responsabilidad, por ser insuficientes los recursos propios. Por otra parte, en las administraciones de dimensiones más reducidas, las propias limitaciones organizativas impiden progresar a los funcionarios a puestos de mayor nivel, en muchas de las ocasiones por no existir tales puestos.

3.1. La promoción interna vertical

Como es sabido, la promoción interna vertical es la que se produce por acceso del funcionario desde el subgrupo o grupo inmediatamente inferior al superior.

En el ámbito normativo vigente, una primera cuestión que se plantea lo es a propósito de la vigencia del límite máximo del cincuenta por ciento de plazas reservadas para promoción interna, establecido en el artículo 134.1 del Texto refundido de la ley de régimen local. El citado precepto reproducía el límite del artículo 22 de la LM de 1984, que fue reformado por la Ley 23/1988, y que suprimió el límite de plazas establecido en la legislación básica. La desaparición del límite en la norma básica implica también el del artículo 134 del TRRL, puesto que este precepto se limitaba a reproducir el artículo 22 de la LM, según la redacción de la Ley 30/1984, de tal manera que al desaparecer el límite de plazas en la regulación básica, también debe entenderse derogado tácitamente en el artículo 134 del TRRL. Por tanto, el legislador estatal ha dejado libertad a las distintas administraciones para que, en el ámbito de sus potestades de autoorganización, establezcan límites mínimos y máximos de plazas reservadas al turno de promoción interna, por lo cual habrá que estar a la legislación aplicable en cada caso a la hora de determinar los límites aplicables. Sin embargo, tal discrecionalidad impide que todas las plazas se reserven a la promoción interna.

Esta cuestión se examina ampliamente en la STS de 25 de enero de 2006, dictada en el recurso núm. 6314/1999. En el fundamento tercero se pronuncia a favor de la derogación tácita del artículo 134.1 del TRRL,

tal como ya se había pronunciado anteriormente la misma sala del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de enero de 1992 (RJ 2467). Posteriormente, en el fundamento cuarto, el Tribunal Supremo analiza los límites de la discrecionalidad de la Administración a la hora de reservar plazas a promoción interna, en los siguientes términos:

“Sometido constitucionalmente el acceso a la función pública a los principios de igualdad y a los de mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución), la Ley mencionada ha consagrado el criterio general de que las administraciones públicas seleccionen a su personal a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre (artículo 19.1), pero al mismo tiempo ha ordenado que aquéllas faciliten la promoción interna, ahora sin límite legal expreso alguno, lo que llevado a su extrema consecuencia podría originar que se cerrara el acceso libre a los cuerpos o escalas con exigencia de titulación superior a la del certificado de escolaridad, porque todas las vacantes de aquéllas se reservasen a promoción interna, de modo que la total selección de funcionarios públicos tuviese siempre su origen en los cuerpos o escalas del grupo inferior, con independencia de que después, para ser promovido, sea necesario poseer la titulación exigida para integrarse en el grupo superior. Esta situación haría que el criterio legal del acceso libre quedase tan evidentemente restringido, que sin duda acabaría lesionando los principios constitucionales de mérito y capacidad. Es por eso que la eventual contradicción que podría originarse entre los artículos 19.1 y 22.1 de la Ley 30/1984 debamos eliminarla mediante una racional interpretación de ambos preceptos y a la luz de los principios constitucionales. En este sentido, es de notar que el criterio fundamental sobre el que se monta el sistema legal de selección del personal de las administraciones públicas es el de las pruebas libres, siendo éste además, el que mejor extiende, en razón de su propia amplitud subjetiva, los citados principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito. Esto no excluye, sin embargo, que los mismos no se respeten en los casos de promoción interna, aun cuando ésta, por propia definición, alcance a menos sujetos. Por eso en la Ley este sistema aparece como un simple mandato dirigido a ‘facilitarla’, nunca a sustituir plenamente a las formas ordinarias y obligadas de acceso, que son las libres. En este sentido, aunque se haya prescindido de fijar un expreso límite numérico a las vacantes susceptibles de ser reservadas a promoción interna en cada convocatoria, sin embargo la interpretación sistemática de la Ley impone que no se desconozca en absoluto el principio general de las pruebas libres de acceso, de modo que en el conjunto de las convocatorias para determinadas escalas

y cuerpos aparezcan suficientes plazas excluidas de la promoción interna como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado.

“Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, resulta indudable que para su debido cumplimiento al menos una de las plazas debió ser convocada en acceso libre, sin que quepa argumentar que las plazas de administrativo en el ayuntamiento eran cuatro, porque lo determinante para decir si se han acatado los principios indicados es el contenido de las convocatorias simultáneas para cada cuerpo o escala, no las realizadas con anterioridad o la eventualidad de otras que pueden tener lugar en el futuro.”

De este criterio interpretativo puede concluirse que no es posible prescindir de la vía del turno libre para la cobertura de plazas, lo cual nos llevaría a concluir que en el caso de convocarse una única plaza, la convocatoria ha de realizarse necesariamente por el turno libre. Esta interpretación se recoge en la STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1999, sentencia número 233/1999, lo cual se refuerza por el contenido del artículo 5 del Real decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración local, que indica que la convocatoria ha de especificar las plazas reservadas a promoción interna, lo que puede interpretarse *a contrario sensu* que está vedado reservar todas las plazas al turno de promoción interna.

Delimitada la reserva de plazas, debe analizarse el *ámbito subjetivo* de la promoción interna, es decir, concretar el ámbito de funcionarios que pueden participar en este procedimiento de selección.

Como se ha indicado anteriormente, la promoción interna supone el acceso al grupo desde el grupo de titulación inmediatamente inferior. La promoción interna se configura en la ordenación de la función pública como un sistema que se mueve dentro de los parámetros del cuerpo de ingreso, por lo que además de la pertenencia al grupo, ha de pertenecerse al cuerpo, escala o clase correspondiente.

En el ámbito de la Administración local, de forma genérica, la mayor aplicación personal del mecanismo de la provisión interna se da en los denominados cuerpos generalistas, dentro de la escala de la Administración general, regulados en el artículo 169.2 del TRRL. En la escala de Administración especial, la propia aptitud específica requerida para el desempeño de las funciones, restringe la extensión de la promoción interna a subescalas o clases distintas.

En cualquier caso, la Administración convocante tiene la posibilidad de determinar las escalas y subescalas que pueden participar en el proceso selectivo

concreto, lo cual deberá determinar a la hora de aprobar las bases de la convocatoria.

Para poder participar en las convocatorias es necesario tener la condición de funcionario de carrera, puesto que este sistema de promoción únicamente está reservado al personal que ostente la condición de funcionario, de tal manera que resultan excluidos los funcionarios interinos. Cuestión distinta es que el tiempo que se ha trabajado como interino sea computable a efectos de antigüedad para promoción interna, cuestión ésta sobre la que se ha pronunciado la sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de fecha 17 de abril de 2002, dictada en el rollo de apelación núm. 190/2001, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1984, entendiendo que los servicios previos como funcionario interino son computables a efectos del cómputo de la antigüedad que habilita a participar en las pruebas de promoción interna.

El artículo 18.2 del EBEP mantiene los requisitos para la promoción interna en términos equivalentes al artículo 21 de la Ley estatal de función pública, exigiendo que el funcionario tenga los requisitos exigidos para el ingreso; la antigüedad de, al menos, dos años y el requisito de la promoción desde el subgrupo o grupo inmediatamente inferior, de manera que se prohíbe la promoción *per saltum* o desde subgrupos o grupos inferiores en más de un escalón.

Por último, como tercer requisito, los aspirantes han de superar las *pruebas selectivas* que en cada caso se establezcan. La promoción interna vertical requiere en todo caso de la superación de las pruebas selectivas, sin que sea posible la dispensa de las mismas. La Administración convocante tiene discrecionalidad a la hora de elegir el proceso selectivo que debe seguirse, dentro del respeto a la legislación básica estatal, recogida en el Real decreto 896/1991, de 7 de junio.

La selección ha sido el campo que se ha tratado con mayor desconfianza en la legislación estatal. Generalmente, la Administración local se ha observado con cierto recelo, por entender que, en base a sus propias estructuras, favorece el clientelismo a la hora de reclutar el personal a su servicio. Las ordenaciones de función pública en Derecho comparado han venido abordando el problema con la creación de órganos de selección independientes, externos a la Administración local, al entender que garantizan una mayor objetividad en el proceso selectivo.

Descartado este sistema en nuestro ordenamiento por la vigencia del principio constitucional de autonomía local, salvo para el caso de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, la legislación estatal es especialmente cautelosa a la hora de configurar las reglas básicas y programas mínimos en el

Real decreto 896/1991, si bien la labor de selección queda reservada al órgano correspondiente de la Administración local. Por su parte, las legislaciones autonómicas de función pública vienen introduciendo la posibilidad de que las administraciones locales deleguen la selección de su personal a los departamentos o consejerías con competencia en materia de función pública, lo cual es especialmente idóneo cuando se trata de entidades de más reducida dimensión.

Las pruebas selectivas de promoción interna pueden realizarse mediante concurso-oposición o mediante oposición, quedando en el ámbito de la discrecionalidad de la Administración que convoca las pruebas elegir uno u otro sistema selectivo. En las convocatorias, puede establecerse la exención de las pruebas sobre aquellas materias cuyo conocimiento se haya acreditado suficientemente en las de ingreso a las del cuerpo o escala de origen; no obstante, esta facultad es de carácter discrecional, de tal manera que la entidad puede potestativamente eximir o no eximir de alguna prueba selectiva en el turno de promoción interna.

3.2. La promoción interna horizontal

El artículo 22.2 de la LM regula la promoción profesional horizontal, mediante acceso a otro cuerpo o escala del mismo grupo, precepto que mantiene su vigencia tras la promulgación del EBEP. Por su parte, el artículo 16.1.d) y 18 del EBEP regula la promoción interna horizontal mediante pruebas selectivas, supuesto éste que difiere del contemplado en el artículo 22.2 en tanto que éste regula un caso de promoción horizontal en el caso que se realicen funciones homogéneas. Aunque este último precepto carece del carácter de básico, lo cierto es que las legislaciones autonómicas han incorporado la posibilidad de promoción interna a otro cuerpo o escala del mismo grupo de titulación.

Esta vía de promoción interna se presenta como una forma de incentivar la permanencia en las funciones, a través de la promoción económica, puesto que lo determinante para el acceso al cuerpo o escala del mismo grupo no es el contenido funcional del puesto, sustancialmente coincidente o análogo que el desempeñado, sino la mejora retributiva que supone la incorporación al nuevo cuerpo o escala, favoreciendo de esta forma la permanencia del funcionario.

Es un sistema de menor aplicación práctica en el ámbito de administraciones de dimensiones más reducidas, pero que puede ser aplicable por las administraciones locales en el caso de que se den los requisitos antes mencionados.

Distinto al supuesto de promoción interna horizontal es el de integración. La técnica de la integración se utiliza normalmente para reestructuraciones organizativas. La técnica organizativa consiste en dotar de unas mejores condiciones a determinados cuadros de funcionarios más cualificados, creando un nuevo cuerpo o escala donde se integran generalmente los funcionarios que ya desempeñaban estas funciones, con lo que se promociona al funcionario a través de la integración y se fomenta la permanencia del mismo en la Administración, evitando su movilidad a otras administraciones o al sector privado.

En el ámbito de la función pública local, el supuesto más importante de integración se produjo con el Decreto 689/1975, de 21 de marzo, el cual disponía la integración en el subgrupo de administrativos de los funcionarios que, a fecha 1 de marzo de 1973, estuvieran desempeñando funciones de auxiliar, cuando cumplieran más de diez años de antigüedad. Dicho Decreto no ha sido derogado expresamente, por lo que se ha planteado su vigencia, debiendo darse una respuesta negativa, puesto que el mismo disponía que sería de aplicación en tanto no se desarrollara la normativa de función pública local, por lo que debe entenderse que el TRRL de 1986 derogó tácitamente el citado Decreto 689/1975.

3.3. La carrera horizontal

El artículo 17 del EBEP contempla, de forma novedosa, la carrera horizontal de los funcionarios públicos, la cual se subroga en la regulación de la promoción profesional a través del grado personal, introduciendo importantes innovaciones.

La carrera horizontal se regula a través de dos conceptos rectores: a) el sistema de grado, categoría o escalón de ascenso, y b) la evaluación.

El sistema de grado, categoría o escalón es el propio de los sistemas de carrera, donde la promoción profesional no requiere necesariamente el cambio de puesto de trabajo. La promoción profesional a través del progresivo ascenso en el grado personal es un sistema de promoción propio de los modelos cerrados de función pública. En el modelo francés, el grado jerárquico cumple una función de promoción bien definida: el funcionario ingresa en un cuerpo en el grado inferior, y va cumpliendo ocupando sucesivos puestos en los grados superiores. Cada cuerpo está dividido en grados jerárquicos a los que corresponden diversos emolumentos y empleos.

El funcionario progresa en el cuerpo, distinguiéndose al efecto dos sistemas de ascenso: el ascenso de escalón (*avancement d'échelon*), que supone una promoción meramente económica, donde el funcionario conserva su puesto y que se produce bien sea por

antigüedad o bien por méritos especiales; y el ascenso en grado (*avancement de grade ou hiérarchique*), donde se promociona también en el empleo, ya sea por elección, ya sea por concurso u oposición. La función pública local francesa adoptó un sistema de promoción sobre bases similares a las de la función pública estatal, en la reforma de 1984, utilizando la técnica de los cuerpos nacionales, si bien gestionando los ascensos a través de órganos comunes.

En nuestro Derecho, a partir de la Ley de medidas de función pública de 1984, el ascenso en grado sólo se podía lograr por el cambio de puesto de trabajo o por la realización de cursos de perfeccionamiento, de forma que el desempeño del mismo puesto de trabajo no permitía el ascenso de escalón.

Con el EBEP se retoma el ascenso de escalón a través del desempeño del mismo puesto de trabajo, si bien ello requiere una evaluación favorable del trabajo desempeñado en el puesto en la forma prescrita en el artículo 20 del EBEP. En este sistema, el ascenso en grado o categoría se logra por el desempeño continuado del mismo puesto de trabajo, evaluado favorablemente, lo cual se traduce en la promoción económica del funcionario en el apartado de retribuciones complementarias; así, el artículo 24.a) del EBEP contempla como factor para determinar la cuantía de la retribución complementaria "la progresión alcanzada con el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa", lo cual permite la promoción económica desempeñando el mismo puesto de trabajo.

Estas disposiciones sobre la carrera horizontal no tienen vigencia inmediata, conforme a lo dispuesto en la disposición final cuarta, dos, del EBEP, de forma que tan sólo producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicen en desarrollo del Estatuto básico.

4. Provisión de puestos de trabajo y movilidad

El artículo 78 del EBEP mantiene los sistemas de movilidad dentro de la Administración, distinguiendo entre el procedimiento de concurso y el de libre designación, reservando este último procedimiento para los puestos de especial responsabilidad y confianza.

Junto a estos dos procedimientos de concurrencia competitiva, el EBEP contempla la posibilidad de que se establezcan otros procedimientos de provisión tales como la permuta, la movilidad por motivos de salud o rehabilitación, la reordenación de efectivos o la movilidad por razón de violencia de género.

Finalmente, se contempla la movilidad interadministrativa en el artículo 84 del EBEP, si bien su eficacia queda diferida a los instrumentos convencionales (v. gr. convenio de conferencia sectorial u otros

instrumentos de colaboración) que se puedan concertar entre las administraciones públicas afectadas, siempre con la finalidad de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos. Por tanto, la movilidad interadministrativa se supedita a las necesidades de cada Administración pública, de forma que no se configura como un derecho que se incluya en el Estatuto del funcionario, sino como una forma de aprovechamiento de los recursos en aras de la eficacia del servicio público.

A la hora de examinar la aplicación de los sistemas de provisión de puestos de trabajo en el ámbito de la función pública local, podemos apuntar, como primer elemento destacado, un considerable número de conflictos que se producen a raíz de la utilización del sistema de libre designación para proveer determinados puestos de trabajo.

En efecto, la tensión entre la búsqueda del ensanchamiento de la discrecionalidad administrativa a la hora de proveer los puestos de trabajo, catalogándolos como de libre designación, y la configuración legal de este sistema como excepcional en relación con el concurso, genera un amplio abanico de conflictos jurisdiccionales, generalmente con ocasión de la convocatoria de puestos por el sistema de libre designación, que implícitamente determina la impugnación indirecta de los catálogos o relaciones de puestos de trabajo.

4.1. Provisión de puestos por libre designación

Son numerosas las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en que se ha pronunciado sobre la convocatoria de puestos de libre designación.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 28 de octubre de 2002, dictada en el recurso de apelación 4/2002 (JUR 2003, 61204), se analiza la convocatoria de un puesto de trabajo por el sistema de libre designación de jefe de servicio de atención al público de un ayuntamiento, impugnándose indirectamente la relación de puestos de trabajo.

Con carácter general, en el fundamento tercero de la sentencia se indica:

“en orden a los procedimientos de cobertura de plazas mediante el sistema de libre designación, del conjunto de los citados preceptos estatales y autonómicos que regulan la materia [artículo 20.1.a) y b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (de carácter básico por disposición de su artículo 1.3; artículo 149.1.18 de nuestra Constitución)], el artículo 101 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, el artículo 301.1 y 2 de la Ley catalana 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local

de Cataluña, el artículo 119 y disposición adicional 2 del Reglamento de personal al servicio de los entes locales, aprobado por el Decreto catalán 214/1990, de 30 de julio, se desprende inequívocamente que el sistema normal de provisión definitiva de puestos de trabajo en la función pública local es el del concurso de méritos entre funcionarios, y que sólo puede acudir, con carácter excepcional, al sistema de libre designación en convocatoria pública cuando concurren los siguientes requisitos: a) que así esté establecido en la correspondiente relación de puestos de trabajo de la corporación para el concreto puesto de trabajo, y b) que tal determinación previa obedezca a la especial naturaleza de las funciones atribuidas a un puesto directivo o de especial responsabilidad (STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2000 [JUR 2001/19310]).”

Abundando en el carácter excepcional del sistema de libre designación, la sentencia trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, indicando en el fundamento cuarto:

“Tal como interpreta reiteradamente el Tribunal Supremo (*vid.* por todas STS de 7 de mayo de 1993 [RJ 1993/3580] y 12 de marzo de 2001 [RJ 2001/2877]) el sistema de libre designación que establece la Ley de función pública (RCL 1984/2000, 2317, 2427) viene delimitado en su perfil por los siguientes elementos: a) tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso; b) se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones; c) sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad); d) la objetivación de los puestos de esta última clase (‘especial responsabilidad’) está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, ‘en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos’ y serán públicas, con la consecuencia facilitación del control.”

Como conclusión, la citada sentencia anula el concurso y estima la impugnación indirecta, por cuanto el mero dato de mando sobre una unidad administrativa no puede justificar la provisión mediante el sistema de libre designación, porque ha de tratarse de un puesto directivo o de especial responsabilidad, según la mención legal, características estas que la sentencia no entiende que concurren en el puesto convocado, jefe de servicio de atención al público, del grupo C y nivel 18.

En esta misma línea de exigir una motivación reforzada en las relaciones de puestos de trabajo para la cobertura de los puestos por libre designación, podemos citar la STSJ de Cataluña de 27 de junio de 2003, dictada en el recurso 1532/1998 (RJCA 2004, 250), que anula la cobertura de libre designación de ocho

puestos de trabajo de jefatura, entre otros motivos, porque no se razona en la justificación por el que se prevé este sistema excepcional de cobertura, lo cual se agrava por el hecho que había otros puestos de jefatura que se cubrían por concurso en virtud de la misma relación de puestos de trabajo.

En el orden aplicativo, la designación por el sistema de libre designación tiene unos elementos reglados, sobre los cuales el control jurisdiccional es pleno, y unos elementos discrecionales, especialmente intensos en este sistema, pudiendo elegir la Administración al candidato que considere conveniente de los que cumple los requisitos establecidos para el desempeño del puesto de trabajo.

Ello no obstante, tal discrecionalidad no puede ser óbice al cumplimiento de los requisitos procedimentales establecidos normativamente ni tampoco a la exigencia de motivación en la resolución de la convocatoria. Aquí ha de tenerse en cuenta que la apreciación discrecional de los candidatos no elimina las exigencias del procedimiento ni deroga la vigencia de los principios de mérito, capacidad y publicidad. Por tanto, ha de respetarse el procedimiento, especialmente cuando se exige el informe de idoneidad de los candidatos (contemplado potestativamente en el artículo 80.3 del EBEP), el cual ha de ser motivado. Del mismo modo, a la hora de realizar la designación, es exigible la motivación, debiendo exteriorizarse las razones por las cuales se considera a un candidato como más idóneo.

4.2. El concurso de méritos

El sistema normal de provisión de puestos de trabajo es el concurso de méritos, que consiste en la valoración de los méritos y capacidades de los candidatos por órganos de carácter técnico.

La cobertura de puestos de trabajo por concurso de méritos genera una conflictividad más intensa cuando se trata de puestos de mayor jerarquía, en el escalón inmediatamente inferior a los de libre designación, donde en ocasiones priman criterios discrecionales sobre los objetivos que han de informar el procedimiento de concurso de méritos. En este ámbito de provisión de puestos de trabajo por concurso y control de las actuaciones de los órganos de selección a la hora de valorar los méritos, la sala del Tribunal Superior de Justicia está realizando un control extensivo, sobre todo cuando se trata de examinar este tipo de puestos de jefatura, alcanzando el control jurisdiccional tanto a los aspectos generales (sumisión a las bases, correcta aplicación de las normas generales y específicas y no concurrencia de vicios tales como error, arbitrariedad o desviación de poder), como a otros que se sitúan en los alrededores

de éstos, tales como los aspectos fácticos, la razonabilidad de los criterios de valoración y la exigencia de motivación, tanto a la hora de fijar los criterios de valoración de méritos y capacidades, como a la hora de aplicarlos.

Este control extensivo puede verse en diversas sentencias de la sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Así, en la STSJ de 24 de octubre de 2000, dictada en recurso de apelación 95/2000, se examina el caso donde la aplicación de los criterios de valoración predeterminados conducía a una conclusión fáctica arbitraria, con el resultado que se puntuaba con ocho puntos el trabajo desarrollado por un funcionario que había desempeñado dieciséis años un mismo puesto de trabajo, en tanto que un funcionario que había estado en dos puestos similares a los del otro concursante nueve años obtenía una puntuación de 14 puntos. Lo mismo observamos en el caso resuelto por la STSJ de Cataluña de fecha 14 de julio de 2005, dictada en recurso 324/2001, donde se valoraba igual, a la hora de puntuar los servicios prestados, un contrato a jornada completa que uno a tiempo parcial de cinco horas semanales. En el mismo sentido, en la STSJ de Cataluña de fecha 14 de marzo de 2004, dictada en recurso 2954/1998, por no tener en cuenta la identidad funcional de cometidos a la hora de valorar los servicios prestados.

En todo caso, el control debe respetar el núcleo de discrecionalidad técnica del órgano de selección, lo cual no es predicable cuando la puntuación se realiza por órganos externos. Esta cuestión fue abordada por la STSJ de Cataluña de fecha 14 de abril de 2005, dictada en recurso 1494/2000, donde el órgano de selección asignaba, en concepto de trabajo desempeñado, la puntuación que le había remitido previamente el Jefe de la dependencia sin ningún tipo de razonamiento, lo cual llevó a la anulación del concurso de méritos.

4.3. La redistribución de efectivos

La redistribución de efectivos, ya sea voluntaria u obligatoria, es otra técnica de movilidad en las administraciones públicas, que aparece actualmente regulada en el artículo 81 del EBEP.

En el ámbito de la Administración local, es una patología que suele presentarse con cierta frecuencia la de reorganizar los servicios o redistribuir efectivos, con la finalidad última de apartar del cumplimiento de determinados cometidos funcionales a funcionarios que desempeñan tales funciones, en virtud de un abanico amplio de motivaciones (v. gr. discrepancias personales o profesionales, falta de rendimiento, etc.). Lógicamente, este tipo de reor-

ganizaciones funcionales constituyen un fraude de ley, por cuanto la potestad organizativa no puede ejercitarse en ningún caso con la finalidad de remover a un funcionario de su puesto de trabajo amparándose en normas que permiten la movilidad por necesidades del servicio o funcionales, y ello en tanto constituye un supuesto de desviación de poder.

En estos casos, la dificultad radica en la prueba por parte del que impugna, por cuanto no siempre es fácil demostrar la desviación de poder en estos supuestos. Por este motivo, el análisis de estas patologías debe realizarse en sede procedimental y en relación con hechos periféricos a la reorganización, y así la motivación, el contenido funcional del nuevo puesto de trabajo asignado o los puestos que asumirán los cometidos objeto de reorganización son elementos alrededor de los cuales deberá examinarse si efectivamente se ha producido la desviación de poder.

4.4. La movilidad interadministrativa

Sin duda, uno de los aspectos que se contempla con especial interés desde el punto de vista del funcionario local es el de movilidad interadministrativa, o la posibilidad de movilidad a otras administraciones públicas distintas, ya sean locales, autonómicas o estatal, lo cual tiene una importancia evidente desde el punto de vista de la carrera profesional del funcionario.

La Ley de medidas de 1984 fomentaba la movilidad interadministrativa en su artículo 17, cuyo apartado 2, redactado conforme a la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, establecía la posibilidad de que los funcionarios de las administraciones locales pudieran desempeñar puestos de trabajo en otras administraciones públicas, cuando así estuviera previsto en las relaciones de puestos de trabajo.

El artículo 84 del EBEP modifica el artículo 17 de la Ley de medidas, estableciendo los instrumentos convencionales como medios de movilidad interadministrativa, aunque lo cierto es que, en la práctica, es cuestionable que tengan mucho juego aplicativo tales instrumentos, por la propia tendencia de las administraciones públicas a crear sus propias burocracias, seleccionando el personal a su servicio. El personal al servicio de la Administración local queda de esta forma muy limitado en orden a la movilidad voluntaria entre administraciones, e incluso en el caso en que se contempla sectorialmente dicha figura, como es el caso de las unidades administrativas reguladas en el artículo 439 de la LOPJ, los funcionarios de la Administración local no tienen acceso a estos puestos de trabajo.

5. La incidencia del Estatuto básico en los empleados públicos locales

Como se ha examinado, el Estatuto básico del empleado público incide puntualmente en algunas cuestiones que hasta ahora habían podido generar algunas disfunciones en el ámbito de la Administración local, especialmente en lo relativo a la selección de personal, reforzándose la profesionalidad de los miembros de los órganos colegiados de selección de personal, tanto funcionario como laboral. No obstante, el Estatuto básico no afronta algunos problemas endémicos de la Administración local en materia de promoción, provisión de puestos y movilidad como son la movilidad interadministrativa o la clarificación de los supuestos en que procede acudir al instituto de la promoción interna, especialmente en los casos de administraciones de reducidas dimensiones.

Al margen de la materia estudiada, debemos destacar como novedad destacada del EBEP en el ámbito local las modificaciones sustantivas que se han producido en el régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, regulados ahora en la disposición adicional segunda del EBEP, que modifica sustancialmente el régimen jurídico establecido en los anteriores artículos 92, 98 y 99 de la Ley de bases de régimen local, derogados por el EBEP, especialmente en lo relativo a la estructura de estos funcionarios, con dos únicas categorías en cada subescala de secretaría e intervención-tesorería, y la distribución de competencias en materia de selección y movilidad, que tras la nueva regulación recaen fundamentalmente en las comunidades autónomas. ■

El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local

Francisco José Sospedra Navas
*Magistrado de la Sala de lo
Contencioso-Administrativo del Tribunal
Superior de Justicia de Cataluña*

1. Introducción: la dualidad de regímenes jurídicos en la Administración.
2. Aspectos generales del personal laboral en la Administración local.
 - 2.1. El ámbito objetivo de la contratación laboral.
 - 2.2. La selección del empleado público en régimen laboral.
 - 2.3. El contenido de la relación laboral.
 - 2.4. La extinción de la relación laboral.
3. La aplicación de las normas sobre personal laboral en la jurisdicción contencioso-administrativa.
 - 3.1. Impugnación de la selección del personal laboral.
 - 3.2. La impugnación de instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo.
 - 3.3. La impugnación de convenios colectivos.

1. Introducción: la dualidad de regímenes jurídicos en la Administración

La dualidad de regímenes jurídicos en la contratación de personal por la Administración pública se produce a partir de la promulgación de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, cuyo artículo 7 contemplaba la contratación laboral del personal al servicio de las administraciones públicas.

Previamente, el Consejo de Estado se había pronunciado favorablemente en un dictamen de 14 de diciembre de 1960, expresando que el régimen administrativo y el laboral eran dos técnicas de organización que servían para configurar la relación jurídica entre la Administración y el personal a su servicio, de forma que se podía configurar legalmente la convivencia entre ambos regímenes jurídicos.

Desde entonces, se ha venido suscitando una amplia controversia doctrinal sobre la libertad del legislador para configurar este régimen dual en cuanto al personal a su servicio, especialmente tras la promulgación de la Constitución, que no contempla expresamente el vínculo laboral para el personal al servicio de la Administración.

El sistema español seguido a partir de la Constitución se inspira claramente en el sistema alemán, sobre todo a partir del modelo establecido en la Ley de bases de régimen local y en la reforma de la Ley de medidas de reforma de la función pública de 28 de julio de 1988, de acuerdo a la doctrina que se recogía en la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio.

De acuerdo con este modelo legal, la regla general de la relación de servicio con la Administración pública es el régimen funcionarial, pudiendo exceptuarse del mismo determinados puestos que pueden ser cubiertos por personal laboral, a cuyo efecto el legislador ha de ser quien fije los puestos que pueden ser desempeñados en régimen laboral en tanto que se trata de una materia sujeta a reserva de ley.

Sobre estas premisas se ha venido desarrollando el régimen dual, si bien la evolución legislativa y aplicativa ha venido acercando las características de ambos regímenes jurídicos, acentuándose notablemente con la promulgación del Estatuto básico del empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril; en adelante EBEP) que regula de forma unitaria algunos aspectos destacados del régimen jurídico del personal funcionario de carrera y del personal laboral.

Dentro de la regulación en el nuevo marco legal básico del empleado público, podemos destacar los siguientes aspectos: 1) la unificación de los principios rectores y requisitos para la adquisición de la condición de empleado público; 2) la regulación de un contenido unitario en cuanto a los derechos y

deberes de los empleados públicos, así como en relación con el código de conducta que los mismos deben observar; 3) la previsión de instrumentos de negociación colectiva sobre aspectos comunes en los empleados públicos; 4) la traslación del concepto de carrera al personal laboral, la cual se infiere de la regulación de materias tales como la promoción y provisión de puestos de trabajo, y 5) la unificación de las bases del régimen disciplinario de los empleados públicos.

En definitiva, el EBEP acerca notablemente el régimen jurídico entre los funcionarios de carrera y el personal laboral, creando una especie de categoría intermedia entre el funcionario y el trabajador en régimen laboral común, como es la del trabajador público en régimen laboral, con un régimen jurídico específico, donde el régimen laboral común sólo es de aplicación en determinados aspectos. Profundizaremos en esta idea al examinar los aspectos generales del régimen jurídico del personal laboral en la Administración local. Posteriormente, realizaremos un estudio específico de la aplicación de las normas sobre el personal laboral, centrado fundamentalmente en la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Aspectos generales del personal laboral en la Administración local

El artículo 89 de la Ley de bases de régimen local (en adelante LBRL) establece que el personal al servicio de las entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de Derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.

El EBEP recoge, con carácter básico, las diferentes clases de personal laboral al servicio de las administraciones públicas, distinguiendo, en cuanto al personal en régimen laboral, entre el personal fijo, por tiempo indefinido o temporal. Junto a este personal, también está previsto el supuesto de la relación laboral especial de alta dirección en el ámbito del personal directivo regulado en el artículo 13 del EBEP.

Lo primero que debe destacarse es que el EBEP recoge, por impulso de la interpretación jurisprudencial, una distinción que se aparta notablemente del régimen común, cual es la que diferencia entre el personal fijo y el personal por tiempo indefinido.

La distinción tiene su fundamento último en la matización que venía realizándose en sede jurisprudencial sobre las consecuencias del incumplimiento en materia de contratación laboral en las administraciones públicas. En efecto, la doctrina jurisprudencial había venido indicando que los defectos de legalidad en la contratación temporal que, en el ámbito privado, suponen la declaración de fijeza, tenían un efecto

matizado en el ámbito de la Administración pública, y es que la improcedencia del despido supone que el trabajador es indefinido pero no fijo de plantilla.

De forma más precisa, el incumplimiento en materia de contratación laboral temporal equivale a la vigencia de una relación laboral por tiempo indeterminado, la cual se extingue cuando se procede a la cobertura de la plaza por los mecanismos legalmente previstos.

La interpretación se asentaba en la necesidad de conciliar el conflicto entre las normas laborales que prescriben la declaración de fijeza, con las normas administrativas que exigen el estricto cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público.

Esta doctrina ha sido recibida por el EBEP, de forma que en el artículo 11 del EBEP se clasifica al empleado público en régimen laboral en tres categorías, cuales son el trabajador fijo, por tiempo indefinido y temporal.

Examinaremos los aspectos generales del régimen jurídico de este personal laboral, analizando especialmente el ámbito de la Administración local, a cuyo efecto distinguiremos entre el ámbito objetivo en que puede desarrollarse la relación laboral, para posteriormente entrar en el acceso, desarrollo y extinción de la relación laboral del empleado público.

2.1. El ámbito objetivo de la contratación laboral

La dualidad de regímenes jurídicos del personal al servicio de la Administración pública tiene como límite la necesidad de reservar el desempeño de determinados puestos de trabajo a funcionarios de carrera.

La STC 99/1987, de 11 de junio, se pronunció sobre la necesidad de reservar determinados puestos a los funcionarios de carrera, y en relación con esta técnica de reserva de puestos se promulgaron las diferentes normas reguladoras del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración. En el ámbito de la Administración local, el artículo 92.2 de la LBRL reservaba, en forma de lista abierta, al personal funcionario el desempeño de determinadas funciones públicas (v. gr. 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, y las de contabilidad y tesorería), las cuales no podían ser desempeñadas por el personal en régimen laboral.

La argumentación del Tribunal Constitucional, reproducida en posteriores sentencias como la 37/2002, de 14 de febrero, parte de la base del texto constitucional, el cual, según el Tribunal Constitucional, ha optado por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos, por lo

que habrá de ser la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías de acceso al servicio de la Administración pública. Y se dice igualmente que la norma que se haga en virtud de esa reserva constitucional habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que sea reconocible en la ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos incluidos en el estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de ley en la labor que la Constitución le encomienda. La STC 37/2002, cuando en concreto analiza el segundo inciso del artículo 92.2, dice que es cierto que en él no se especifica qué concretas funciones han de ser desempeñadas por el personal sujeto al estatuto funcional y remite su determinación al desarrollo del mismo. Añade que, sin embargo, tal remisión no puede considerarse incondicionada o carente de límites, pues en el propio precepto se disponen los criterios o parámetros que han de inspirar, en su desarrollo, la determinación de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos, cuales son las garantías de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública. Y afirma que esos criterios, aunque genéricos en su formulación, imponen una efectiva sujeción en la determinación de las funciones que han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional. Se completa lo anterior con el razonamiento de que a ese artículo 92.2 contiene una determinación que sería, por sí, suficiente de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos y, *a sensu contrario*, de las que no pueden ser encomendadas a personal contratado. Y, con referencia directa a ese segundo inciso, se dice que ese personal contratado no podrá ocupar aquellos puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de las funciones que se exijan para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia.

De acuerdo a los parámetros interpretativos establecidos por el Tribunal Constitucional, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8265), sintetizaba los parámetros interpretativos en cuanto a la reserva de puestos de trabajo al personal funcionario en los siguientes: 1) aquellos puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho (ajenos o no a su organización), y en la que por ello sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcional; 2) corresponde a la Administración la carga de demostrar que en las funciones

de un determinado puesto resultan indiferentes esas notas que han sido enunciadas, y 3) consiguientemente, la validez de los puestos de trabajo laborales estará condicionada inexcusablemente a que, en el acto que los haya creado con ese expreso carácter contractual y no estatutario, esté bien visible y justificado que los cometidos y funciones profesionales asignados a los titulares de tales puestos, por sus específicas características, hacen indiferente esas notas de que se viene hablando.

El EBEP restringe el ámbito de reserva de puestos de trabajo a los funcionarios públicos, derogando el artículo 92 de la LBRL. De acuerdo a la nueva regulación, los puestos que se reservan a los funcionarios de carrera son aquellos que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las administraciones públicas (cfr. artículos 9.2 y 11.2 del EBEP). Con ello se restringe el ámbito establecido en el derogado artículo 92 de la LBRL, si bien hay un ámbito material coincidente en aquellas funciones enumeradas expresamente en el artículo 92 de la LBRL en tanto que son puestos que implican el ejercicio de facultades públicas. En cuanto al resto de funciones anteriormente enumeradas por el sistema de lista abierta, desaparece el requisito de puestos que requieran de las notas imparcialidad, objetividad e independencia en su desempeño, y ello en tanto que el propio EBEP regula de forma unitaria un código de conducta para todos los empleados públicos, informado precisamente por estos principios de imparcialidad, objetividad e independencia. Por lo tanto, la reserva del puesto de trabajo al personal funcionario ha de asentarse en su contenido funcional, en tanto que suponga el ejercicio de funciones públicas o sirva para preservar los intereses generales de la Administración, prescindiendo de los aspectos subjetivos derivados del ejercicio del mismo, en tanto que el personal funcionario y el laboral se rigen por los mismos principios de imparcialidad, objetividad e independencia en el ejercicio de sus funciones.

En cualquier caso, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.2 del EBEP, deben ser las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del Estatuto básico las que establezcan los criterios de determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso la regulación que se recoge en el artículo 9.2 del EBEP.

En el ámbito de la práctica de las administraciones locales, debe indicarse que la contratación del personal laboral es mucho más importante desde el punto de vista cuantitativo en relación con otras administraciones territoriales. Los empleados públicos de la

Administración local han crecido de forma progresiva, pero en su mayoría lo ha sido en relación con el personal laboral, ya sea mediante contratación directa, ya sea por la creación de nuevos entes, mediante los cuales se persigue salir del régimen común de la función pública. En este aspecto, la incidencia del EBEP debe valorarse en la fijación de unas directrices que permiten al legislador desarrollar el ámbito material de reserva de puestos de trabajo, lo cual resulta matizado en todo caso por la unificación del régimen jurídico entre el funcionario de carrera y el empleado público en régimen laboral.

2.2. La selección del empleado público en régimen laboral

El acceso al empleo público debe respetar en todo caso los principios rectores ahora establecidos en el artículo 55 del EBEP, es decir, seleccionando al personal de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Los sistemas selectivos regulados en la Ley son el concurso, el concurso-oposición y la oposición libre, tanto para el personal funcionario como para el personal laboral. Sin embargo, la estructuración legal de los sistemas selectivos difiere sustancialmente cuando se trata de personal laboral, fundamentalmente porque el concurso de méritos es un sistema selectivo excepcional en el ámbito de la selección de funcionarios, en tanto que no existe tal limitación cuando se trata de seleccionar personal laboral.

El artículo 61.7 del EBEP establece que los sistemas selectivos del personal laboral serán los de oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos, sistemas estos que no resultan ordenados legalmente, a diferencia de lo que sucede en el caso de los funcionarios públicos en el apartado 6 del mismo artículo 61 del EBEP.

Al contrario, en el ámbito de la legislación local el sistema normal de selección es el concurso de méritos, y en este sentido se establece el artículo 91 del Decreto 214/1990, en el ámbito de la legislación pública catalana; por el contrario, el sistema de concurso-oposición u oposición sólo se establece para los casos en que sea necesario por las características de los puestos de trabajo a cubrir o cuando el elevado número de plazas así lo aconseje.

El EBEP no incide sobre la ordenación de los sistemas selectivos en el personal laboral local, pero creemos que sí recoge algunas prescripciones que pueden favorecer la aplicación efectiva de los principios de igualdad, mérito y capacidad en los procesos selectivos.

En primer lugar, el artículo 60 del EBEP prima el carácter técnico de los componentes de los órganos

de selección, lo cual tiene especial incidencia en el ámbito de la Administración local, cuya legislación había venido contemplando la integración de miembros no técnicos en los órganos de selección, como es el personal de elección o designación política, como por ejemplo en el caso del artículo 72 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de personal al servicio de las entidades locales en Cataluña.

En segundo lugar, se establece que los miembros de los órganos de selección actuarán en todo caso a título individual, y así el artículo 60.3 del EBEP establece que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie. Tal prescripción impide que los miembros de los tribunales que actúan por designación de las organizaciones sindicales, u otras entidades que puedan designar sus componentes, ostenten una posición corporativa dentro del tribunal, de manera que se desliga la actuación del miembro del órgano de selección de la entidad que le ha nombrado, no pudiendo ostentar en ningún caso la defensa de intereses corporativos.

En tercer lugar, el EBEP amplía sustancialmente el ámbito de actuación de las organizaciones sindicales en los procesos selectivos, y de forma novedosa concede legitimación a las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección (artículo 31.7 del EBEP).

Finalmente, el EBEP define de forma más precisa las pruebas de los procesos selectivos, distinguiendo entre pruebas principales, reguladas en el artículo 61.2 del EBEP, y las pruebas complementarias, que son las enumeradas en el artículo 61.5 del EBEP como son la superación de cursos, periodos de prácticas, exposición curricular de los candidatos, pruebas psicotécnicas, realización de entrevistas o pruebas médicas. De acuerdo a esta regulación, cabe interpretar que las pruebas complementarias no pueden por sí mismas determinar el resultado del proceso selectivo de oposición o concurso-oposición, debiendo prevalecer las pruebas principales con el contenido regulado en el artículo 61.2 y sin perjuicio de que puedan tener carácter eliminatorio.

2.3. El contenido de la relación laboral

Como ya se ha apuntado anteriormente, el EBEP unifica notablemente el régimen jurídico del funcionario de carrera y del personal laboral, de forma que puede hablarse de una especie de categoría intermedia entre el personal estatutario y el laboral en régimen común, que sería el personal laboral público.

En efecto, si observamos la regulación que resulta del EBEP, puede subrayarse que existe una supletoriedad de primer grado del propio EBEP en determinadas materias que afectan al contenido de la relación laboral, en las cuales la legislación laboral común sólo es aplicable, a lo sumo, como régimen supletorio de segundo grado.

Un primer punto en el cual existe una sustancial modificación es en el propio Estatuto de derechos y obligaciones del empleado público en régimen laboral. Los artículos 52 y ss. del EBEP incorporan un código de conducta de los empleados públicos, con unos principios éticos y de conducta, que modaliza el contenido de la prestación de trabajo a la cual resultan obligados, informando la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

Un segundo grupo de materias donde el EBEP juega como norma supletoria de primer grado está en relación con aspectos esenciales del nacimiento y desarrollo de la relación laboral. Así, como ya se indicó en el punto anterior, los principios de selección informan también la selección del personal laboral; además, el EBEP tiene carácter de norma supletoria de primer grado en aspectos relevantes tales como en materia de jornada de trabajo, permisos y vacaciones (artículo 51 del EBEP), en materia de provisión de puestos y movilidad, donde rige el EBEP en defecto de convenio colectivo (artículo 83 del EBEP). Finalmente, el EBEP se aplica de forma prioritaria en un aspecto básico de la relación laboral cual es el del régimen disciplinario del personal laboral, el cual debe respetar la regulación establecida en los artículos 93 y ss. del EBEP (artículo 93.4 del EBEP).

La aplicación al personal laboral de los preceptos relativos al Código de conducta del empleado público y los preceptos básicos del régimen disciplinario del EBEP supone una notable homogeneización del régimen jurídico de ambos colectivos, puesto que la prestación de trabajo tiene idéntico contenido para el funcionario de carrera y para el personal laboral.

En el ámbito concreto del régimen disciplinario, la regulación del título VII del EBEP define los principios materiales y formales del ejercicio de la potestad disciplinaria, los cuales son aplicables directamente al personal laboral. Asimismo, el artículo 95.2 del EBEP tipifica con carácter básico las faltas muy graves, siendo aplicables dichos tipos de forma directa.

El artículo 96 del EBEP define el cuadro de sanciones y los criterios de graduación, con la importante especialidad de derogar la opción empresarial por la indemnización en el caso de despido disciplinario improcedente, de manera que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96.3 del EBEP, procede la readmisión del personal laboral fijo en los casos en que sea declarado improcedente el despido.

El artículo 97 del EBEP unifica el régimen de prescripción de las infracciones y sanciones disciplinarias.

Finalmente, el artículo 98 del EBEP recoge los aspectos básicos del procedimiento disciplinario, estableciendo sus principios y regulando en forma extensa la adopción de la medida cautelar de suspensión provisional en el procedimiento disciplinario.

Junto a las prescripciones antes examinadas, que marcan una línea de homogeneización del régimen jurídico del personal funcionario y laboral, debe destacarse la que resultará necesariamente de la utilización de instrumentos convencionales comunes por parte de ambos tipos de personal, de acuerdo con la regulación que realiza el EBEP de la negociación colectiva, en la línea ya iniciada por la Ley 21/2006.

El artículo 32 del EBEP establece que es de aplicación la legislación laboral para la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral, sin perjuicio de los preceptos del EBEP que les sean expresamente de aplicación.

Dentro de estos preceptos de aplicación a la negociación colectiva del personal laboral, destaca la previsión de órganos comunes en la estructura negocial que tienen como finalidad fijar las condiciones de trabajo básicas de los empleados públicos. Así, en las mesas generales de negociación, el artículo 36.2 del EBEP prescribe que serán objeto específico de negociación el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las administraciones públicas que corresponda incluir en el Proyecto de ley de presupuestos generales de cada año en el ámbito de la mesa general de negociación a que se refiere el artículo 36.1. Por su parte, el artículo 36.3 contempla la constitución de mesas generales de negociación en el ámbito de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas y entidades locales con competencia para negociar aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública, de lo cual cabe deducir que podrán concertarse convenios de ámbito personal general, comprensivo tanto de los funcionarios como de los laborales, y donde lógicamente se producirá una cierta unificación de las condiciones de trabajo básicas de unos y otros.

2.4. La extinción de la relación laboral

La extinción de la relación laboral se rige por lo dispuesto en el artículo 49 y siguientes del Estatuto de los trabajadores, si bien ya hemos hecho referencia a la importante matización de la aplicación de la normativa laboral para los casos de despido disciplinario

improcedente, donde la Administración debe readmitir en todo caso al trabajador que ha sido despedido de forma improcedente por motivos disciplinarios.

En algunos instrumentos convencionales, también se extiende esta renuncia a la facultad de indemnización para los demás supuestos en que se declara improcedente el despido, aun cuando el mismo no tenga causa de motivos disciplinarios. En estos casos, por vía de convenio colectivo, la Administración se obliga a readmitir al trabajador en supuestos en que sea declarado judicialmente improcedente el despido, si bien tal obligación debe ser pactada en convenio, no estando exceptuada en vía legal más que en el caso de despido disciplinario.

3. La aplicación de las normas sobre personal laboral en la jurisdicción contencioso-administrativa

Una vez que se ha examinado a grandes rasgos el régimen jurídico del empleado público laboral después de la promulgación del EBEP, en esta segunda parte de la exposición analizaremos la aplicación de las normas en vía jurisprudencial, centrada en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y con especial referencia a los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Como es sabido, en materia de conflictos derivados de la relación laboral del empleado público, existe un reparto de competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la social.

A la hora de discernir la atribución competencial, debe partirse de la doctrina de los actos separables, correspondiendo al orden contencioso-administrativo lo relativo a la revisión de la legalidad de los actos administrativos que dan lugar al acceso a la relación laboral, en tanto que corresponde a la jurisdicción laboral el conocimiento de los conflictos derivados del desarrollo y extinción de la relación laboral [ATS de 22 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3677)]. El auto del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9808) resume la doctrina general en la materia, al indicar que la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de los conflictos derivados del acceso desde el exterior a la Administración-empresario hasta que finaliza el proceso selectivo, en tanto que la jurisdicción social conoce de los concursos, pruebas o medios objetivos de acceso o traslado que se verifican intramuros de la Administración-empleadora y sus empleados.

Por tanto, corresponde al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones litigiosas derivadas de los procesos de selección del personal. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2000 (RA 8661 y 8662) indican que la com-

petencia para conocer de la impugnación de los actos de las administraciones públicas en materia de selección de personal corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción y ello aunque se trate de contratación laboral, en base a dos argumentos: a) la Administración no actúa en materia de selección “como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral, precisamente respecto a una persona que ya tiene la condición de trabajador”, sino como autoridad pública que ejerce una potestad administrativa en orden a la selección de personal, y b) esta actuación administrativa de selección es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues la Administración está obligada a seguir lo dispuesto en la legislación de función pública.

La citada doctrina ha sido aplicada posteriormente en otras sentencias de la Sala Cuarta como las de 19 de noviembre de 2001 (RA 354/2002) y 20 de septiembre de 2002 (RA 8402), en las que se sostiene que la competencia para conocer de los conflictos suscitados por la provisión de puestos de trabajo por los organismos públicos, siempre que tales conflictos no se susciten con ocasión de la cobertura de los puestos en cuestión por procedimientos de promoción interna, ha de atribuirse al orden contencioso-administrativo, incluyendo la provisión de puestos del personal incluido en listas de espera para ser contratados.

Así, como supuestos específicos que corresponden al orden social podemos citar las cuestiones que surgen una vez finalizado el proceso selectivo, como es la pretensión de formalización del contrato [ATS de 16 de diciembre de 1994 (RA 10589); el caso de vacantes en concursos de traslados (STS) de Madrid de 31 de octubre de 2001 (AS 4472)] o el caso de concursos por promoción interna [STS] de Galicia de 27 de abril de 2001 (AS 861)]. Por el contrario, la impugnación de la modificación de las relaciones de puestos de trabajo del personal laboral es materia de la cual conoce el orden contencioso-administrativo [STS de 8 de mayo de 1998 (RA 4586)].

En orden a la extinción del contrato de trabajo, la competencia corresponde al orden social, si bien en algunos casos el despido conlleva implícito un acto administrativo de modificación de las relaciones de puestos de trabajo, generalmente mediante la amortización del mismo. A este supuesto se refiere la STS, Sala Tercera, de 11 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7268), para el caso de un acuerdo municipal que contenía dos clases de decisiones: por un lado, la modificación de la organización de los servicios de comunicación municipales y la necesidad de amortizar la plaza; y, por otro lado, el inicio del expediente de

despido del recurrente. En este caso, la cuestión del despido es de naturaleza laboral y sobre ella es competente la jurisdicción social, mientras que la otra cuestión (amortización de la plaza) es un acto organizativo de una administración, sujeto al Derecho Administrativo, por lo que su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Una materia que genera una conflictividad específica es la de la impugnación de los convenios colectivos concertados por las entidades locales, en especial en relación con los incrementos retributivos. En principio, la impugnación de los convenios colectivos concertados entre las administraciones públicas y su personal laboral corresponde al conocimiento del orden social, por cuanto la Administración pública actúa en estos supuestos como empresario [STS de 25 de noviembre de 1991 (RA 8262); ATS de 22 de marzo de 1999 (RA 3674), y STS de 28 de abril de 2000 (RA 4829)]. Sin embargo, en ocasiones, la impugnación se deduce ante el orden contencioso-administrativo, generalmente cuando se conciertan los convenios del personal funcionario y laboral en un único instrumento y lo que se impugna es la desviación del incremento retributivo respecto del autorizado por las leyes presupuestarias.

La cuestión de la competencia para conocer de la impugnación de un acuerdo municipal que aprueba los incrementos retributivos del personal funcionario y laboral puede verse resumida en la STS, Sala Tercera, de 1 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5606) que indica:

“la Sala, a partir de la sentencia de 28 de abril de 2000 (casación 4567/1996 [R] 2000/4829)], corrigiendo su jurisprudencia anterior a la vista de lo dispuesto por el auto de 22 de marzo de 1999 (R] 1999/3674) de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo y de lo que mantiene su Sala Cuarta, ha establecido que corresponde a la jurisdicción social conocer de las impugnaciones de convenios colectivos por razón de los incrementos salariales en ellos previstos superiores a los límites legalmente establecidos. Criterio que después ha seguido en otras sentencias [entre ellas las de 4 de diciembre de 2000 (casación 4224/1996 [R] 2000/10682)] y 21 de mayo de 2002 (casación 537/1996 [R] 2002/7903)], por lo que constituye la doctrina a observar a este respecto. No obstante, en el presente caso concurren unas circunstancias que justifican una solución distinta. En efecto, el Ayuntamiento de [...] por el acuerdo de 23 de diciembre de 1996, que está en el origen del proceso, aprobó dos cosas: el acuerdo para los funcionarios y el convenio colectivo para el personal laboral, y en los dos introdujo los incrementos retributivos que motivaron el recurso contencioso-administrativo. Es decir, dotó a su actuación de una unidad que ha de mante-

nerse en la vía judicial pues, de otro modo, podría llegarse, a partir de un mismo acto administrativo –el acuerdo del Pleno municipal de la fecha indicada– a consecuencias distintas y aun contradictorias, como serían las que se producirían de mantenerse el criterio expresado por la sentencia de instancia para los funcionarios y no resolverse sobre el personal laboral o remitirse al respecto a una decisión futura que bien podría ser contraria a la anterior.”

Analizaremos ahora las diferentes cuestiones más importantes que se suscitan en relación con la aplicación de normas laborales en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, distinguiendo entre la impugnación de los procedimientos de selección del personal laboral, la impugnación de instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo y la impugnación de convenios colectivos.

3.1. Impugnación de la selección del personal laboral

Una materia que genera una especial conflictividad en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa es la de la selección del personal laboral, con especial incidencia en las administraciones locales.

En orden a la selección del personal laboral, es necesaria la convocatoria pública, de acuerdo con la oferta pública de empleo, y la utilización de un sistema selectivo, siendo preferente el sistema de concurso de méritos, tanto para el personal fijo como para el personal laboral temporal.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional enmarca los principios de selección del personal laboral en el ámbito del artículo 14 de la CE, y no del artículo 23.2, puesto que, como indica la STC 86/2004, “el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las administraciones públicas (STC 281/1993, de 27 de septiembre [RTC 1993/281], F 2), porque ‘las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el artículo 23.2 de la CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artículo 103.3 de la CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración [...] mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987 [RTC 1987/99]), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente’ (ATC 298/1996, de 16 de octubre [RTC 1996/298 AUTO], F 3)”.

Sin embargo, por la vía del artículo 14 de la CE, las consecuencias prácticas son las mismas, en tanto que el mérito y la capacidad integran materialmente el principio de igualdad en el acceso al empleo público, y en este sentido el artículo 55.1 del EBEP extiende la aplicación de los principios constitucionales de igual-

dad, mérito y capacidad a todo el sistema de acceso al empleo público, regulando unos principios rectores comunes para la selección del personal funcionario y laboral.

Entrando en el análisis de concretos supuestos de conflicto, un primer punto se produce en el ámbito de la selección del personal laboral temporal por la vía de máxima urgencia, supuesto en el cual, tanto el artículo 291 de la Ley catalana (RDL 2/2003, de 28 de abril) como el artículo 94 del Decreto 214/1990, dispensan de convocatoria pública y seguimiento de sistema selectivo.

La previsión legal de ausencia de proceso selectivo en la contratación laboral temporal es un supuesto absolutamente excepcional, asentado en razones de máxima urgencia, no siendo apreciables tales razones cuando la necesidad de la cobertura de la plaza y la contratación no son inmediatas, por existir un periodo de tiempo intermedio donde se pudo seguir un procedimiento de selección de personal.

En el ámbito de la contratación laboral de carácter fijo, la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, determina que la jurisprudencia sobre la selección del personal laboral se mueva sobre fundamentos similares a la relativa a la selección del personal funcionario.

En esta materia, destacan criterios interpretativos consolidados como son el carácter vinculante de las bases de la convocatoria y la existencia de un núcleo de discrecionalidad técnica del órgano de selección en el ejercicio de su actividad evaluadora.

En orden al carácter vinculante de las bases, la STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2005 (RJCA 2005, 541) indica que “en la configuración normativa de las convocatorias de procesos selectivos de personal al servicio de la Administración del Estado, la jurisprudencia ha consolidado una línea argumental según la cual dichas convocatorias son la Ley del concurso, de suerte que todos los afectados, incluida la Administración convocante, deben atenerse a ellas. En tal sentido son claras, entre otras muchas, las STS de 15 de febrero (RJ 2004/1875) y de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8101)”.

En el ámbito del control de las decisiones de los órganos selectivos, las cuestiones siempre giran alrededor de lo que es la franja de discrecionalidad técnica del tribunal calificador y lo que es el campo de control jurisdiccional.

En este punto, aunque la jurisprudencia es uniforme en cuanto a los efectos vinculantes de las bases y la discrecionalidad técnica del órgano de selección, lo cierto es que se trata de un campo donde el control jurisdiccional se está ampliando progresivamente, eliminando toda idea de exclusión en la llamada discrecionalidad técnica.

En la relación entre discrecionalidad técnica y control jurisdiccional, es de especial interés el análisis realizado en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 86/2004, de 10 de mayo (RTC 2004/86) en cuyo fundamento jurídico tercero se indica: “hemos de subrayar que ‘ni el artículo 24.1 ni el 23.2 de la CE (RCL 1978/2836) incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica’ (STC 138/2000, de 29 de mayo [RTC 2000/138], F 4). Y es que “debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese “prudente y razonable” arbitrio, nunca “excesivo” (STC 48/1998 [RTC 1998/48]; F 7.a), “las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una ‘presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación’. Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla ‘si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado’, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993 [RTC 1993/353])” (STC 34/1995 [RTC 1995/34], F 3)” (STC 73/1998, de 31 de marzo [RTC 1998/73], F 5).”

No obstante, antes de abordar lo que a mi juicio sería una línea expansiva del control jurisdiccional en materia de actuación de los órganos de selección, habría que delimitar de forma precisa cuál es el campo en que puede hablarse de discrecionalidad técnica del órgano de selección. Aquí deberíamos distinguir entre lo que son pruebas selectivas en sentido estricto o valoración de méritos y lo que son pruebas objetivas, o de mínimos, que resultan contempladas expresamente en el artículo 61 del EBEP, como es el caso de reconocimientos médicos.

En este último caso, hay una reiterada interpretación de la Sala del TSJ de Cataluña en el sentido que las pruebas médicas no necesitan un juicio de discrecionalidad tan intenso como el de las pruebas selectivas, además que son realizadas materialmente por los servicios médicos, externos al órgano de selección. Por tanto, quedan fuera del núcleo de discrecionalidad técnica del órgano de selección, de forma que, aunque se presuma la legalidad y el acierto en la actuación administrativa, se viene admitiendo la posibilidad que el resultado de estas pruebas objetivas pueda ser desvirtuado mediante una pericial especializada, y en este sentido pueden citarse las sentencias de 17 de febrero de 2000, 21 de abril de 2005 y 13 de octubre de 2005, entre otras muchas.

Este mismo razonamiento es trasladable a los casos en que el órgano de selección no evalúa la actividad realizada por el aspirante, como es el caso de evaluación de informes externos, superación de cursos de formación de carácter selectivo o periodo de prácticas. En estos supuestos, el tribunal controla la actividad que realizan otros agentes, que son quienes materialmente evalúan al aspirante, por lo que esta evaluación, si bien goza también de la presunción de acierto, queda fuera del ámbito de lo que es el núcleo de discrecionalidad técnica del órgano de selección, lo que deriva en la exigencia de una mayor rigidez en orden a la motivación; en este sentido, pueden citarse las STSJ Cataluña de 29 de abril de 2005, dictada en el recurso 1753/2000, y 14 de abril de 2005, dictada en el recurso 1494/2000.

En el ámbito de la contratación laboral, la utilización del sistema de concurso de méritos supone que ha de analizarse con mayor rigidez el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la puntuación y valoración de méritos en las bases de la convocatoria, y, por otra parte, la misma pre-determinación y definición del concurso por las bases restringen notablemente el núcleo de discrecionalidad técnica del órgano de selección.

A la hora de configurar las bases han de tenerse en cuenta los límites legales en la materia. Así, por una parte, el artículo 12.4 del EBEP, en los mismos términos que la legislación precedente, establece que la condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna, por lo que no son valorables los servicios o funciones desempeñadas en régimen de personal eventual. Por otra parte, los méritos han de estar en relación con la naturaleza del puesto a ocupar, debiendo ser proporcionados y razonables, eliminando todo atisbo de arbitrariedad.

En este punto, y en relación con procesos selectivos de las administraciones locales, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado sobre algunas patologías tales como la de puntuar las funciones desempeñadas en función de la población del municipio, sin que el contenido funcional justificara tal distinción, la de primar el exceso de movilidad de los concursantes mediante la fijación de topes arbitrarios en la puntuación de los aspirantes o la minusvaloración de títulos académicos, de forma desproporcionada en relación con títulos formativos.

Otra cuestión frecuente a la hora de impugnarse los procesos selectivos lo es en relación con el requisito del idioma para el desempeño de los puestos de trabajo. El artículo 56.2 del EBEP establece que las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los

puestos de trabajo en las comunidades autónomas que gocen de dos lenguas oficiales.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado en diferentes ocasiones en relación con la exigencia del conocimiento de la lengua catalana para la cobertura de puestos de trabajo por personal laboral en las administraciones locales.

Así, las STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2001 (JUR 2001, 232667) y de diciembre de 2002 (JUR 2003, 165717) resume la doctrina interpretativa en cuanto a que es necesario que se respeten los cánones de proporcionalidad y razonabilidad, lo cual está en relación con el contenido funcional del puesto de trabajo.

Las citadas sentencias indican:

“En cuanto se refiere a la exigencia de acreditar el conocimiento de la lengua catalana y el carácter eliminatorio de dicha prueba debe partirse de la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/1991, de 28 de febrero (RTC 1991/46), según la cual la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluible dentro de los méritos y capacidades requeridas. No debe entenderse la exigencia del conocimiento del catalán un requisito *ad extra*, independiente del mérito y capacidad acreditadas, sino, al igual que cualquier otro conocimiento o condición exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales, en la medida en que se trata de una capacidad y un mérito que, según el artículo 34 de la Ley catalana 17/1985, ha de acreditarse y valorarse en relación con la función pública a desempeñar, y por tanto guarda la debida relación con el mérito y capacidad, tal como impone el artículo 103 de la Constitución. La razonabilidad de valorar el conocimiento del catalán como requisito general de capacidad, aunque variable en su nivel de exigencia, viene justificada por diversos motivos. En primer lugar, debemos mencionar el carácter del catalán como lengua de la Administración de la Generalidad, junto con el castellano, ambas de uso preceptivo (artículo 5 de la Ley catalana 7/1983); que son válidas y eficaces las actuaciones administrativas hechas en catalán (artículo 7 de la Ley catalana 7/1983), y que los particulares gozan del derecho de usar el catalán en sus relaciones con la Administración (artículo 8 de la Ley catalana 7/1983 y STC 82/1986 [RTC 1986/82], fundamento jurídico 3). Además, se trata de un requisito justificado y equitativo también en función de la propia eficacia de la Administración autónoma (artículo 103 de la Constitución), por lo que resulta constitucionalmente lícito exigir, en todo caso, un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana, que resulta

imprescindible para que el funcionario pueda ejercer adecuadamente su trabajo en la Administración autonómica, dado el carácter cooficial del idioma catalán en Cataluña (artículo 3.2 de la Constitución y 3.2 del Estatuto de autonomía [RCL 1979/3029] [LCAT 1979/318]) y dada también la extensión del uso del catalán en todo el territorio de la comunidad autónoma [...]. Es aplicable a los procesos selectivos del personal laboral la norma que establece que incluirán pruebas referentes al conocimiento de la lengua catalana o requerirán la acreditación de estos conocimientos, en el grado correspondiente a las funciones propias de las plazas objeto de la convocatoria, que tendrán carácter eliminatorio cuando sea necesario para garantizar los derechos que se contienen en la Ley 7/1983, de 18 de abril (RCL 1983/970, 1179), de normalización lingüística (hoy Ley 1/1998, de 7 de enero [LCAT 1998/13], de política lingüística), de acuerdo con la naturaleza de las plazas objeto de la convocatoria (artículo 67.2, en relación con el 90, del Reglamento del personal al servicio de los entes locales de Cataluña, aprobado por Decreto 214/1990, de 30 de julio). Esta exigencia del conocimiento de la lengua catalana, tanto en la expresión oral como en la escrita, se corresponde con la prevista en el artículo 34 de la entonces vigente Ley 17/1985, de 23 de julio (RCL 1985/2108), de la función pública de la Administración de la Generalidad (hoy artículo 42 del Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública), debiendo detenerse en cuenta que la disposición adicional 13 establece que, a los efectos de lo que dispone el artículo 2.2.c), las referencias de esta Ley al personal al servicio de la Administración de la Generalidad se ha de entender que son hechas, también, al personal al servicio de las entidades locales situadas en el territorio de Cataluña, exceptuados los funcionarios con habilitación de carácter estatal [...]. Así pues, cabe concluir que constituye una exigencia en todo proceso selectivo del personal laboral la inclusión de pruebas referentes al conocimiento de la lengua catalana o el requerimiento acreditativo de estos conocimientos, en el grado correspondiente a las funciones propias de las plazas objeto de la convocatoria, pero su carácter eliminatorio tan sólo procede cuando sea necesario para garantizar los derechos que se contienen en la Ley 7/1983, de 18 de abril, de normalización lingüística (hoy Ley 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística), de acuerdo con la naturaleza de las plazas objeto de la convocatoria (artículo 67.2, en relación con el 90, del Reglamento del personal al servicio de los entes locales de Cataluña). En consecuencia, no cabe considerar ajus-

tada a Derecho la inclusión en este caso de una prueba eliminatoria de lectura en catalán, dado el carácter esencialmente manual y la ausencia de relación con los administrados que conlleva el desarrollo de las funciones de la plaza de albañil.”

3.2. La impugnación de instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo

La jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de los procesos que se suscitan en relación con la impugnación de los instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo.

Se trata de una materia donde existe una amplia discrecionalidad de la Administración a la hora de organizar sus servicios, si bien, lógicamente, tal potestad de organización debe respetar el procedimiento y los límites establecidos legalmente.

A la hora de aprobar las relaciones de puestos de trabajo, catálogos o plantillas, deben respetarse los puestos que están reservados a los funcionarios públicos. Como es sabido, en el ámbito de las administraciones locales, la reserva está prevista en el artículo 9.2 del EBEP, que se subroga en la regulación del artículo 92 de la LBRL, estableciendo con carácter básico un sistema de reserva en forma de lista abierta, remitiéndose al desarrollo legislativo en la materia. Como es sabido, con carácter general, la legislación de régimen local no ha desarrollado un sistema similar al del artículo 15 de la Ley de función pública estatal, donde se acude a la técnica de lista cerrada de los puestos que pueden ser ocupados por laborales. Sin embargo, este sistema de lista cerrada es aplicable con carácter supletorio a las entidades locales, por aplicación del artículo 1.5 de la Ley de función pública estatal, que no ha sido derogado por el EBEP.

En el ámbito de la Administración local, las patologías más acusadas se presentan cuando se pretende incluir plazas de personal laboral en la relación de puestos de trabajo o en las plantillas que están reservadas a funcionarios. El ejercicio desviado de esta potestad organizativa obedece en algunas ocasiones a una finalidad torticera, que no es otra que la incorporación del candidato predeterminado mediante la elusión de los sistemas selectivos del funcionario de carrera, donde el sistema de concurso de méritos es excepcional, acudiendo precisamente a la catalogación del puesto como laboral para poder proceder a su cobertura mediante el sistema de concurso, que permite un amplio margen de discrecionalidad, sobre todo a la hora de “adaptar” el baremo de méritos al candidato preseleccionado.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado en alguna ocasión sobre esta problemática, sobre todo en relación con puestos de asesor jurí-

dico, donde, en unas ocasiones, se utiliza el concurso de méritos como sistema selectivo cuando el puesto está catalogado como funcionario de carrera y, en otras, se acude a la catalogación del puesto como laboral para poder utilizar el sistema selectivo de concurso.

En cuanto al primer supuesto, la cobertura excepcional de puestos de trabajo de asesor jurídico por funcionarios de carrera mediante concurso de méritos es indudable que no supone un supuesto excepcional habilitado por la legislación para la cobertura por concurso de méritos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de la Administración local, hay un ámbito reservado a los funcionarios con habilitación estatal que es el de asesoramiento legal preceptivo, por lo cual no pueden incorporarse puestos singulares de asesor jurídico, en tanto que las funciones públicas están reservadas a los funcionarios de habilitación estatal.

En cuanto a la cobertura de estos puestos por personal laboral, es indudable que infringen la reserva establecida en el artículo 9.2 del EBEP, cuando los puestos incluyen funciones de asesoramiento legal preceptivo, por cuanto estas funciones están definidas como públicas en la disposición adicional segunda, apartado 1.1, del EBEP. En cuanto al asesoramiento legal no preceptivo, habida cuenta de la delimitación que se realiza en la legislación de régimen local, es indudable que dichas funciones se aproximan a las que debe desempeñar el personal eventual, y no el personal laboral, por lo que difícilmente puede justificarse la catalogación de puestos de esta naturaleza como personal laboral.

Otro supuesto frecuente en el ámbito del conflicto jurisdiccional es el de la amortización de puestos de trabajo ligada a una decisión administrativa de despido objetivo. En este caso, la cuestión se dirime esencialmente en sede de valoración de la improcedencia del despido por la jurisdicción social, donde se restringe considerablemente la discrecionalidad de la Administración empresario para despedir a un trabajador público, por la aplicación, muy matizada, de las causas económicas que justifican el despido empresarial. Por el contrario, la amplitud de la discrecionalidad en orden a la reorganización de servicios por parte de la Administración hace escasamente viable que la impugnación pueda prosperar en vía contencioso-administrativa.

3.3. La impugnación de convenios colectivos

Como se ha indicado anteriormente, el conocimiento de la impugnación de convenios colectivos de personal laboral en vía contencioso-administrativa se limita a los supuestos en que se acuerdan incrementos salariales en un único acto administrativo.

Este supuesto cabe diferenciarlo del supuesto en que el convenio colectivo regula de forma indiferenciada el régimen del personal estatutario y del laboral, en cuyo caso el Tribunal Supremo había venido apreciando la nulidad de tales convenios por no ser posible la regulación conjunta de las condiciones de trabajo de ambos colectivos. La doctrina interpretativa puede verse en la STS de la Sala Tercera de fecha 9 de junio de 2006 (RJ 2006, 3357), que reitera la establecida en las STS de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7544), y 29 de mayo de 1998 (RJ 1998, 5453), en los siguientes términos:

“Primero. Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de [...] de 12 de noviembre de 1992 se aprobó la regulación de las condiciones de trabajo de todo su personal, tanto funcionario como laboral, la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1993, [...] mantiene que de la comparación entre la normativa del ordenamiento jurídico relativa a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, sujetos a una relación estatutaria con la Administración de que dependen, y la referente a la de los trabajadores, acogidos a una relación de carácter laboral regulada por el Estatuto de los trabajadores, se deduce la inviabilidad de una articulación unitaria del pacto, que abarque conjuntamente a ambas clases de personal.

“Segundo. El primer motivo de casación, [...] entiende que la sentencia impugnada incurre en exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción e incompetencia de la sala de instancia, por infracción de los artículos 1 de la mencionada Ley de la jurisdicción y artículos 1 y 3 de la Ley de procedimiento laboral. El motivo no puede ser estimado. La cuestión ha sido ya resuelta por anteriores sentencias de esta Sala de 9 de mayo de 1996 (RJ 1996/4101), 16 de mayo y 9 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9581), cuyo criterio debemos reiterar, tanto por el principio de unidad de doctrina como por considerar la allí expuesta como ajustada al ordenamiento jurídico. Resumiendo la doctrina sentada en las sentencias antes citadas, hemos de tomar en cuenta que es cierto que el artículo 2.m) del Texto articulado de la Ley de procedimiento laboral de 27 de abril de 1990 (vigente cuando se aprobaron las condiciones de trabajo objeto del litigio), como el equivalente del Texto refundido de 7 de abril de 1995, establece que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan sobre impugnación de convenios colectivos. Sin embargo, este artículo 2.m) no puede interpretarse aisladamente de su contexto, sino que debe insertarse en el marco general que supone el artículo 1 de la propia Ley de procedimiento laboral, que atribuye a este orden jurisdiccional ‘el conocimiento

de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho’, y el artículo 9.5 de la Ley orgánica del Poder Judicial, que se pronuncia en idéntico sentido. Por ello, si las pretensiones sobre impugnación de convenios colectivos, o de acuerdos de la Administración reguladores de las condiciones de trabajo del personal laboral, que siguen el mismo régimen jurídico que las primeras, no se fundamentan en normas de la rama social del Derecho, no son subsumibles en el artículo 1 de la Ley de procedimiento laboral ni en el apartado 5 del artículo 9 de la Ley orgánica del Poder Judicial. La interpretación lógica y sistemática del artículo 2.m) de la Ley de procedimiento laboral, en relación con el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, supone que en él debe considerarse implícito el elemento de que la impugnación del convenio colectivo lo sea por vulneración de norma de la ‘rama social del Derecho’, y esto mismo es aplicable no sólo a los convenios colectivos en sentido estricto, sino también, y con mayor razón, a los acuerdos de las corporaciones locales por los que se regulan las condiciones de trabajo de su personal laboral. Cuando, como en el caso litigioso, la impugnación de un acuerdo de esta clase se verifica por infracción de normas de Derecho Administrativo, el conocimiento de la cuestión corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En el presente supuesto la sala de instancia, con fundamento en la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1993, ha entendido que el Ayuntamiento de [...] no podía aprobar un pacto que abarcara conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral, atribuyendo a dicha aprobación el vicio de incurrir en nulidad de pleno derecho de conformidad con el artículo 47.1.c) de la Ley de procedimiento administrativo (tratarse de un acto administrativo dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello) y 47.2 del mismo texto legal (tratarse de disposición administrativa, dado el carácter normativo de estos pactos y acuerdos, contraria a la Ley), con lo que se quiere significar fundamentalmente que al haber aprobado el Ayuntamiento de [...] el acuerdo objeto del litigio, regulando conjuntamente las relaciones de trabajo de los funcionarios y del personal laboral, había ejercitado una competencia contraria al ordenamiento jurídico, que hace inviable tal regulación unitaria, dadas las diferencias que establece entre los dos grupos mencionados de personal al servicio de la Administración municipal. La impugnación ha tenido pues su causa en la infracción por el acuerdo del Ayuntamiento de [...] de normas que no pertenecen a la rama social del

Derecho, sino que regulan la actividad administrativa de los entes públicos y, en particular, su potestad de dictar disposiciones de carácter general, lo que determina que debamos desestimar este primer motivo de casación. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al presente recurso, en el que nos encontramos con una situación semejante a la contemplada en estas sentencias, hace que deban desestimarse todos los motivos de casación alegados contra la misma, en tanto anula el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de [...] de fecha 28 de julio de 1992, por el que se aprobó el convenio regulador de las relaciones de trabajo para los años 1992 a 1995, al quedar descartada la incompetencia de jurisdicción o que se vulneren los derechos de los trabajadores a la negociación colectiva o los de los funcionarios a llegar a acuerdos sobre sus derechos con la Administración pública de acuerdo con la legislación citada por los recurrentes, pues lo único que cuestiona la sentencia y acierta, es que pueda aprobarse conjuntamente un convenio colectivo relativo al personal laboral, fuente del ordenamiento jurídico, y un acuerdo relativo al régimen de los funcionarios públicos, sometidos éstos a un régimen estatutario. Ello no pone en cuestión el contenido de éstos, sino que el procedimiento de aprobación es contrario a derecho."

La jurisprudencia tanto del orden contencioso-administrativo, como del orden social, ha venido interpretando que no pueden superarse los límites fijados por las leyes presupuestarias para el incremento de la masa salarial de los empleados públicos, si bien con el matiz que la anulación no puede proyectarse indiscriminadamente a ejercicios futuros.

La doctrina expuesta se resume en la citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de fecha 9 de junio de 2006 en los siguientes términos:

"De todo ello llega a la conclusión de que son contrarias a Derecho las normas aprobadas por el Ayuntamiento de [...] en los apartados 2 y 3 del Acuerdo de 30 de julio de 1996, pues desconocen los límites financieros impuestos legalmente y vulneran la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.13 de la Constitución), por lo que deben ser declaradas nulas, apoyando esta consideración en la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 171/1996, de 30 de octubre (RTC 1996/171), en la que, citando entre otras las sentencias núm. 63/1986 (RTC 1986/63), 96/90 (RTC 1990/96), 76/1992 (RTC 1992/76) y 237/1992 (RTC 1992/237) afirma que la imposición de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones por todos los conceptos de los empleados públicos constituye 'una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a

contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público', de tal modo que dicha decisión resulta 'constitucionalmente justificada en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público', añadiendo que la fijación de techos salariales 'encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general' y está encaminada 'a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario', teniendo también 'anclaje constitucional en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación del artículo 156.1 de la CE', por lo que, en suma, 'nada cabe objetar desde el punto de vista competencial a que el Estado adopte esta decisión en la Ley de presupuestos, máxime cuando ésta, lejos de ceñirse a ser un mero conjunto de previsiones contables, opera como un vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno'.

"La Sala comparte esta doctrina antes citada. Sin embargo, lo que no comparte es que pueda ser contrario al artículo 17 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997, un acuerdo como el impugnado de fecha 30 de julio de 1996, es decir, anterior. Es evidente que cuando el Ayuntamiento toma este acuerdo no está vinculado por dicha Ley presupuestaria, y mucho menos por las de los años posteriores que podrían establecer ese límite u otro, o ninguno, en cuyo caso la previsión de aumento en dichos ejercicios sería válida. No ocurre así con la previsión del acuerdo para 1996; ésta si es ilegal por contradecir el artículo 4 del Real decreto ley 12/1995, de 28 de diciembre. El hecho de que las normas presupuestarias, a los límites de aumentos del gasto en todas las administraciones públicas, les otorguen carácter básico, no conlleva sino la aplicación preferente de la misma sobre las previsiones que las distintas administraciones públicas pudieran tener en materia de aumento salarial, o sobre los distintos acuerdos o convenios que las mismas pudieran haber establecido con su personal, pero nada impide que la Administración, en virtud del principio de autonomía municipal pueda cerrar acuerdos con su personal para ejercicios futuros, aunque luego devengan inaplicables como consecuencia de los límites establecidos en las normas presupuestarias. Por todo ello, los recursos interpuestos han de estimarse parcialmente en cuanto se anulan las previsiones de aumentos salariales para los presupuestos de los ejercicios 1997 a 1999 inclusive, sin perjuicio de que durante estos años deban prevalecer no obstante los límites que las leyes presupuestarias pudieran haber establecido."

En todo caso, la nueva regulación del EBEP incide sobre la aplicación normativa en esta materia, pues, por una parte, admite la negociación conjunta de condiciones de trabajo en determinadas materias, y, por otra, determina las consecuencias del incumplimiento del incremento retributivo pactado por infringir las leyes presupuestarias, centradas especialmente en el deber de las partes de renegociar las cláusulas que devengan inaplicables. ■

El Estatuto básico del empleado público y las entidades locales: valoración crítica

Antonio Serrano Pascual
Secretario general de la Diputación Provincial de Huesca

1. El sistema de fuentes del empleo público.
 - 1.1. El sistema de fuentes del régimen local en el modelo constitucional de 1978.
 - 1.2. Las reformas de los estatutos de autonomía y el Estatuto básico del empleado público.
2. Los aspectos claves del EBEP.
 - 2.1. Continuismo de la figura del personal eventual.
 - 2.2. El personal directivo profesional.
 - 2.3. El acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo.
 - 2.4. La carrera administrativa y la evaluación del desempeño.
 - 2.5. Los funcionarios con habilitación de carácter estatal.
3. La incidencia del EBEP en las entidades locales.

1. El sistema de fuentes del empleo público

La primera de las cuestiones que deben abordarse en cualquier ordenamiento jurídico, y con mayor motivo en un Estado descentralizado como el español, es el sistema de fuentes¹ que lo preside, para encontrar cuáles son los fundamentos que lo sustentan y que permiten la consecución de la necesaria seguridad jurídica, *prius* imprescindible para el exigible sometimiento a la ley y al derecho de las administraciones públicas, principios proclamados por la Constitución española de 1978.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída a lo largo de la vigencia del actual texto constitucional ha ido creando un cuerpo doctrinal y, en suma, una cultura sobre la posición del régimen local y, en particular, de su personal, dentro de la tensión Estado-comunidades autónomas, a la que nos vamos a referir seguidamente, aunque el proceso de reforma de estatutos de autonomía, iniciado con el de Cataluña, ha venido a introducir ahora nuevos elementos que, a expensas de lo que pueda determinar el supremo intérprete de la Carta Magna, conviene tener presentes porque suponen un giro importante desde el punto de vista de una mayor interiorización autonómica de los gobiernos y administraciones locales.

1.1. El sistema de fuentes del régimen local en el modelo constitucional de 1978

El Estado tiene competencia exclusiva, ex artículo 149.1.18 de la Constitución española de 1978 –en adelante, CE–, 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, ha partido hasta ahora de un sistema estatal de función pública con un alto grado de pormenorización, rigidez y uniformidad, desplegado sobre la base del título habilitante a que se ha hecho mención, al que se debe añadir otra regla del citado artículo 149.1, es decir, la 13, que hace referen-

cia a la competencia exclusiva del Estado para dictar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, que, en principio, parecía dejar por ello un reducido margen de maniobra al legislador autonómico, aunque en absoluto carente de relevancia, como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en la STC 37/2002, de 14 de febrero.

Por su lado, y respecto del empleo público de las entidades locales, el artículo 92.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local –en adelante, LRL–, derogado expresamente por la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público –en adelante, EBEP–, disponía que los funcionarios al servicio de la Administración local se regían, en lo no dispuesto por ella –en concreto, especialmente, en los artículos 89 a 104 de la LRL,² que constituyen legislación estatal básica–, por la legislación del Estado y por la de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución. En este sentido, cuando se hablaba de legislación del Estado en esta materia, había que tener en cuenta también los preceptos básicos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, y, junto a ello, la normativa básica que versaba sobre los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional –hoy, funcionarios con habilitación de carácter estatal–, 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, y que es parcialmente básico, según establece su disposición final primera.

Con carácter supletorio, se han situado los artículos 126 a 177 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 local³ –conforme a la previsión de su disposición final 7–, 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, o, incluso, la pervivencia del Reglamento de funcionarios de las corporaciones locales, de 30 de mayo de 1952, vigente en lo que no se oponga, contradiga o sea incompatible con la LRL.

Conviene reiterar la importancia de la citada STC 37/2002, de 14 de febrero, en la que el Tribunal Cons-

1. SERRANO PASCUAL, A. "El sistema de fuentes de las entidades locales", QDL, 2 y 3, p. 7-41 y 27-55.

2. La disposición derogatoria única del EBEP deroga expresamente el capítulo III del título VII de la LRL, es decir, los artículos 98 y 99, sobre selección y formación de los funcionarios con habilitación de carácter nacional y sistema de provisión de plazas.

3. Igualmente, la disposición derogatoria única del EBEP deroga expresamente el capítulo III del título VII de este Texto refundido, concretamente los artículos 158 al 166, ambos inclusive, sobre los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

titucional 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 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, y añade que: “ha de admitirse que las comunidades autónomas puedan establecer, con fundamento razonable tipos –en alusión a las faltas y sanciones disciplinarias– que difieran de los regulados en las normas básicas, siempre que no las contradigan.” De esta manera, no apreció 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 bienes de la Generalidad”, rompiendo, pues, con el *numerus clausus* de la Ley 30/1984. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional señala, en particular, en el FJ 8 las siguientes consideraciones que recogemos por su importancia:

“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 los funcionarios de la Administración del Estado como los de las administraciones de las comunidades autónomas y los de las corporaciones locales (STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 12; 25/1983, de 7 de abril, FJ 4; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 44; 85/1985, de 10 de julio, FJ 1; 235/1991, de 12 de diciembre, FJ 2; 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 del EAC), 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 esta-

blecimiento 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); 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. A su vez, 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 a entender, según la STC 32/1981, de 28 de julio, 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, 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 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.”

Nos encontramos, pues, ante una materia, el régimen jurídico de las corporaciones locales y de su personal, de una clara relación internormativa, en la que la concurrencia del Estado y de las comunidades autónomas, a través de sus poderes normativos, va a estar omnipresente –sin olvidar, por ejemplo, la incidencia de los tratados internacionales, como sucede con la Carta Europea de la Autonomía Local–, sobre todo porque han venido incorporado 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)

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, y 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 STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 19), y 27/1987, de 27 de 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 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, fines y 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 marco 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.”

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*, 2001/26370) 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 colaboración, las administraciones públicas autonómicas y locales respondan a los principios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.

“Octavo. 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 Generalidad 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 Generalidad la ejecución de la legislación del Estado, en las siguientes materias [...]

7º. 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 sólo 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.”

El propio Tribunal Constitucional, en la sentencia 48/2004, de 25 de marzo, también ha precisado la inconstitucionalidad (por vulneración de la autonomía económico-financiera de las provincias) de preceptos autonómicos que conllevan una detracción forzosa de un porcentaje de los ingresos corrientes de las diputaciones provinciales tras los procesos de transferencias competenciales a las comunidades autónomas, al tener como resultado un ingreso para la comunidad autónoma proveniente de las diputaciones, que no está previsto en la Constitución ni en el bloque de constitucionalidad.

1.2. Las reformas de los estatutos de autonomía y el Estatuto básico del empleado público

El EBEP (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007), cuya entrada en vigor ha tenido lugar el día 13 de mayo de 2007, precisa ser analizado, en primer lugar, desde la perspectiva de su posición dentro del sistema de fuentes, y a la luz de las reformas llevadas a cabo recientemente en algunos estatutos de autonomía.

En este sentido, de la mera lectura de su disposición final primera se desprende que se ha dictado al amparo del artículo 149.1 de la Constitución española de 1978, y, en concreto, de su regla 18, por lo que se refiere a las bases del régimen estatutario de los funcionarios; de la regla 7, en lo que atañe a la legislación laboral, y de la regla 13, en cuanto a la competencia

exclusiva estatal para dictar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Ahora bien, la disposición final segunda del EBEP efectúa a lo anteriormente expuesto la siguiente importante precisión,⁴ que conviene comentar:

“Las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las comunidades autónomas, respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos estatutos de autonomía, en el marco de la Constitución.”

A su vez, la disposición adicional tercera modula la aplicación de las disposiciones del EBEP a las instituciones forales navarras y vascas, en los términos establecidos en el artículo 149.1.18 y disposición adicional primera de la Constitución, y en sus respectivos estatutos de autonomía.

Por ello, la aplicación generalizada a todas las comunidades autónomas de la legislación básica se ve matizada ahora –además de por las peculiaridades forales– por el hecho de que es el propio Estatuto quien parte de que ha de respetar las posiciones singulares en materia de sistema institucional, por un lado, y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen, por otro lado, los respectivos estatutos de autonomía, en el marco de la Constitución, lo que nos obliga a interpretar qué se ha querido decir por el legislador con esta previsión novedosa.

Desde esta perspectiva, arroja luz, sobre la alusión que se hace a respetar las posiciones singulares en materia de sistema institucional, el contenido de la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña –sobre el que habrá de pronunciarse el Tribunal Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra él–, que señala lo siguiente en su artículo 5:

“El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat.”

El artículo 2.3 del Estatuto catalán precisa, en este orden de cosas, que los municipios, las veguerías, las

4. La disposición adicional tercera del EBEP concreta, asimismo, la aplicación de sus disposiciones a las instituciones forales, tanto de la Comunidad Foral de Navarra, como de las del País Vasco.

comarcas y los demás entes locales que las leyes determinen, también integran el sistema institucional de las Generalitat, como entes en los que ésta se organiza territorialmente, sin perjuicio de su autonomía, y en el artículo 136 recoge que corresponde a la Generalitat, en materia de función pública, respetando el principio de autonomía local:

a) La competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y la organización de la función pública, salvo lo dispuesto en la letra b).

b) La competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

c) La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal.

El artículo 110 señala, entre otras cosas, que corresponde a la Generalitat, en el ámbito de sus competencias exclusivas, de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, añadiendo el artículo 111 que, en las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponde a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el propio Estatuto.

Nótese que ya anunciaba el Estatuto de Cataluña lo que ahora se concreta parcialmente en el EBEP, es decir, una reducción del ámbito de la normativa básica que llega incluso al extremo de determinar aquel que sólo por normas con rango de ley (ley en sentido formal, con lo que se excluiría la delegación legislativa), salvo los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el propio Estatuto (inciso más que problemático), en otro caso no podrá el Estado dictar normas básicas, con lo que se impide al Gobierno central la posibilidad de dictar textos articulados, textos refundidos o normas reglamentarias básicas en la materia de empleo público y hasta con rango de ley si no están comprendidos en los supuestos de la letra b) del citado artículo 136 del Estatuto catalán.⁵

Si nos referimos a las Baleares, la Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de autonomía de las Islas Baleares, su artículo 31.3 dispone que en el marco de la legislación básica del Estado corresponden a esta comunidad autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución del Estatuto de los funcionarios de su Administración y de la Administración local.

La Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía, según el artículo 42, dispone que las competencias exclusivas comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución, y en cuanto a las competencias compartidas indica que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución. Si acudimos al artículo 47.2 veremos que es una competencia compartida de la Comunidad Autónoma de Andalucía el régimen estatutario de su personal funcionario y estatutario, así como de su personal laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 76, que se ocupa de matizar las competencias sobre función pública y estadística.

En Aragón, la Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de Aragón, contempla en el artículo 75 que, en el ámbito de las competencias compartidas, esta comunidad autónoma ejercerá el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado en normas con rango de ley, excepto en los casos que se determinen de acuerdo con la Constitución, incluyendo en la regla 13 el régimen estatutario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Aragón y de su Administración local y las especialidades del personal laboral derivadas de la organización administrativa y la formación de este personal.

De la lectura de estos estatutos se puede extraer la conclusión, por lo que se refiere al sistema de fuentes del empleo público local, que se produce el efecto de una clara asimetría estatutaria, basada en unos casos en la singularidad foral (Comunidad Foral de Navarra y Comunidad Autónoma del País Vasco), y que, por lo que se refiere al resto de las comunidades autónomas, presenta un mayor calado competencial en el Estatuto de Cataluña, pero también destacada en los casos de Andalucía y Aragón, con un blindaje merced a sus estatutos reformados, que suponen un debilita-

5. Véase a CARRILLO, M. "La Administración local en la reforma de los estatutos de autonomía: Especial referencia al caso del Estatuto de autonomía de Cataluña", QDL, 12, p. 38-50.

miento de la posición del Estado⁶ para dictar normativa básica, que llega incluso a quedar impedido para aprobar las normas con valor material⁷ de ley y, por ende, las normas con rango meramente reglamentario “excepto en los casos que se determinen de acuerdo con la Constitución”, que en el ámbito de Cataluña se añade también de acuerdo con el Estatuto, matiz introducido cuya interpretación puede ser generadora de conflictos jurídicos, a la espera de la sentencia que se dicte por el Tribunal Constitucional sobre las controversias surgidas con el Estatuto de autonomía de Cataluña.

2. Los aspectos claves del EBEP

El EBEP lleva a cabo una derogación parcial de la Ley de funcionarios civiles del Estado, aprobada por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que afecta, entre otros, al concepto de funcionario, clasificación, funcionarios interinos, personal laboral, selección y formación, adquisición y pérdida de la condición funcional, situaciones, provisión de puestos de trabajo, derechos de los funcionarios, vacaciones, permisos y licencias (se mantienen, pues, la licencia por estudios y la licencia por asuntos propios de los artículos 72 y 73 de esta Ley), deberes e incompatibilidades (en particular, se ha derogado la obligación de los funcionarios de residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios, recogida en el artículo 76 de esta Ley), régimen disciplinario y funcionarios de empleo. Ante las dudas suscitadas sobre la licencia por matrimonio recogida en el artículo 71 de esta Ley y que está expresamente derogado, el propio MAP ha tenido que publicar una nota en su página web, indicando que se mantiene transitoriamente al

amparo de la disposición final cuarta, apartado 3, del EBEP hasta que se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo y se mantendrán en vigor en cada administración pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en el Estatuto. Téngase en cuenta, pues, este más que discutible criterio, al que nos referiremos más tarde, cuando se analicen las diferentes derogaciones llevadas a cabo por el EBEP.

En la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, entre otros, se ven afectados por la derogación la totalidad o parte de los preceptos referidos al Consejo Superior de la Función Pública, la Comisión de Coordinación de la Función Pública, la ordenación de la función pública de las comunidades autónomas, la regulación de los funcionarios transferidos, en materia de registros de personal (particularmente, lo referido a los registros de las entidades locales), la previsión de que las plantillas y puestos de trabajo de todo el personal de la Administración local se fijarán anualmente a través de su presupuesto, las relaciones de puestos de trabajo de las comunidades autónomas y de las entidades locales, la movilidad de funcionarios entre administraciones, la oferta de empleo público, la selección del personal, la provisión de puestos de trabajo, el personal eventual, promoción profesional, fomento de la promoción interna, régimen retributivo, grupos de clasificación, ordenación de la adscripción y funciones de los cuerpos y escalas, situaciones de los funcionarios, permisos relacionados con el parto y en caso de violencia de género, régimen disciplinario, Seguridad Social, jubilación forzosa, mutualismo, deducción por huelga, personal docente...

6. El Estado, sin embargo, además de en las dos ciudades con Estatuto de autonomía –Ceuta y Melilla–, mantendrá la competencia para dictar legislación básica –sea con rango material de ley o mediante normas reglamentarias– en las comunidades autónomas que no hayan introducido mecanismos en las leyes orgánicas aprobatorias de sus estatutos de autonomía que lo impidan, lo que puede dar lugar a un cierto grado de complicación en la gestión del empleo público y de desigualdad, con la duda razonable de si éste es el modelo implantado con la Constitución de 1978.

7. La disposición adicional novena de la nueva Ley estatal del suelo, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, que entra en vigor el día 1 de julio de 2007, por la que se incluye una nueva disposición adicional decimoquinta en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, sobre régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los directivos locales y otro personal al servicio de las entidades locales, resulta más que problemática, porque no se señala expresamente su carácter de legislación básica –y, en consecuencia, podría deducirse su naturaleza meramente supletoria–. En este sentido, las limitaciones que se contemplan para los titulares de los órganos directivos al ejercicio

de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, y la aplicación del artículo 75.7 de la LRL –sobre declaraciones en los registros de intereses– podrían tener una aplicabilidad dudosa en las comunidades autónomas de Navarra, País Vasco, Cataluña, Andalucía o Aragón, por ejemplo, a la vista de sus competencias estatutarias en materia de personal.

Por lo demás, sorprende que a los pocos días de entrada en vigor del EBEP, cuyo artículo 13 determina con toda claridad –y después del debate parlamentario sobre esta cuestión– que será el Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas quienes podrán establecer en desarrollo del EBEP el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para establecer su condición, en el marco de los principios que dicho artículo 13 contiene, una ley urbanística, que en este punto no ha señalado formalmente su carácter básico –con lo que obliga a una inferencia o deducción que genera, como mínimo, inseguridad jurídica–, intente concretar quiénes tienen la condición de personal directivo en las entidades locales.

En la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, se deroga el artículo 92 –que versa sobre sistema de fuentes y funciones públicas reservadas y necesarias– y el capítulo III del título VII, sobre selección y formación de los funcionarios con habilitación de carácter estatal y sistema de provisión de plazas, es decir, los artículos 98 y 99, y en 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, el capítulo III del título VII, relativo a disposiciones específicas para los funcionarios con habilitación de carácter estatal.

Queda derogada íntegramente la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre incorporación a la función pública española de los nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea, y quedan derogadas, igualmente, todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan al Estatuto (entiéndase que cuando se trate de legislación autonómica se producirá su desplazamiento).

Ciñéndonos a la Administración local, el EBEP se aplica –artículo 2.1 y 5– al personal funcionario y al personal laboral⁸ de las entidades locales, y tiene carácter supletorio para todo el personal de las administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación.

El personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal –el Estatuto básico, entre otras– y por la de las comunidades autónomas, con respeto a la autonomía local, y teniendo presente la singularidad de los cuerpos de Policía Local –artículo 3–. Los principios de los artículos 52 –código de conducta–, 53 –principios éticos–, 54 –principios de conducta–, 55 –principios rectores de acceso al empleo público– y 59 –personas con discapacidad– se aplican también a las entidades del sector público local –disposición adicional primera.

Hemos de llamar la atención sobre el artículo 55 del EBEP, que contiene los principios rectores de

acceso al empleo público, ya que según la disposición adicional primera dichos principios son aplicables a las entidades del sector local, que no estén incluidas en el artículo 2 y que figuren definidas así en su normativa específica. Supone un avance importante en el control de las empresas locales que surgen al calor de la llamada *huida del Derecho Administrativo*, ya que, salvo excepciones, la legislación de las comunidades autónomas no contenía previsión al respecto. No obstante, es insatisfactoria la redacción de este precepto, ya que de su literalidad se podría desprender que si no aparecen definidas en su norma específica como perteneciente al sector local no se aplicarían los mencionados principios rectores de acceso al empleo público, lo que debe rechazarse, ya que las cosas son lo que son al margen de la calificación que se les dé, de forma que si por la vía de la financiación, del control o de la designación de sus órganos de gobierno, levantando el velo de la personalidad, se llega a la conclusión de que estamos en presencia de una empresa del sector local, aunque no venga definida así en su normativa específica, serían igualmente aplicables dichos principios.

En los puntos que siguen a continuación, analizaremos los aspectos esenciales del EBEP, es decir, el tratamiento dado al personal eventual y la figura del personal directivo profesional, el acceso y provisión de puestos de trabajo, y la carrera administrativa y la evaluación del desempeño, por lo que nos remitimos a cuanto allí decimos.

Junto a ello, también hemos de mencionar otras cuestiones igualmente relevantes, como sucede con la nueva figura de personal laboral por tiempo indefinido –artículos 8 y 11–, la posibilidad de nombrar funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal y por exceso o acumulación de tareas –artículo 10–, la sistematización de los derechos de los empleados públicos –artículos 14 y siguientes–. Como aspectos novedosos, hay que citar, entre los derechos de carácter individual, a la

8. En lo que proceda, ya que conforme señala el artículo 7 del EBEP el personal laboral se rige además de por la legislación laboral y por las normas convencionales por los preceptos de dicho Estatuto que así lo dispongan. Téngase en cuenta el artículo 19, en materia de carrera profesional y promoción; el artículo 27, sobre retribuciones; la negociación colectiva, representación y participación del personal laboral, se rige por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos del EBEP en esta materia que expresamente les sean aplicables (como sucede con el artículo 36.3, Mesa Única de Negociación para Materias Comunes); la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en el capítulo V del título III del EBEP y en la legislación laboral correspondiente, según determina el artículo 51; en materia de deberes de este personal son de aplicación los artículos 52 a 54 del EBEP; sobre acceso al empleo público es aplicable el capítulo I del título IV, teniendo presente la singularización que se establece en el artículo 61.7 sobre el concurso y

la intervención de las organizaciones sindicales; por lo que se refiere a la clasificación del personal laboral se efectuará, según el artículo 77, de conformidad con la legislación laboral; la provisión de puestos de trabajo y la movilidad del personal laboral ex artículo 83 se realizará de conformidad con los convenios colectivos aplicables y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera; en materia de situaciones administrativas del personal laboral, según el artículo 92, se estará al Estatuto de los trabajadores y a los convenios colectivos aplicables, que podrán determinar la aplicación del Estatuto en lo que resulte compatible con el Estatuto de los trabajadores; el régimen disciplinario del personal laboral se rige por el título VII del EBEP y por las leyes de función pública que lo desarrollen –artículo 93–; por lo que se refiere al personal laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario, hay que tener en cuenta la disposición transitoria segunda.

progresión en la carrera profesional y promoción interna, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, mediante sistemas objetivos y transparentes de evaluación, a la formación continua, preferentemente en horario laboral, al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual, y por razón de sexo, moral y laboral, y a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Por lo que se refiere a los derechos retributivos (artículos 21 a 30) –cuya eficacia está demorada ex disposición final cuarta, apartado dos–, cabe subrayar que las pagas extraordinarias comprenden las retribuciones básicas y las complementarias de carácter fijo –artículo 22–, y que se reconocen a los funcionarios interinos los trienios por servicios prestados, con efectos económicos a partir de la entrada en vigor del Estatuto –artículo 25.2–, y que se contempla la retribución diferida –planes de pensiones de empleo o seguros colectivos–, de acuerdo con las leyes de presupuestos generales del Estado –artículo 29–. La disposición adicional novena dispone que se garantizarán los derechos económicos alcanzados o reconocidos en el marco de los sistemas de carrera profesional establecidos por las leyes de cada administración pública, y la disposición transitoria primera señala que el desarrollo del Estatuto no puede suponer la disminución de la cuantía de los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor. Si no se encontrasen los funcionarios en activo, se les reconocerán los derechos económicos a partir del momento en el que se produzca su reingreso al servicio activo.

Se reconoce a las organizaciones sindicales más representativas la legitimación para la interposición de recursos contra las resoluciones de los órganos de selección –artículo 31.6–. Se puede encargar el desarrollo de las negociaciones a órganos creados por las administraciones públicas, de naturaleza estrictamente técnica –artículo 33.2–. Se reconoce la legitimación negociadora de las asociaciones de municipios y de las entidades locales de ámbito supramunicipal –artículo 34.2–. Se constituye una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, con representación de la FEMP –artículo 36.1–. Para la negociación de materias comunes de funcionarios y laborales se constituirá una Mesa General de Negociación en las entidades locales –artículo 36.3–. Son objeto de negociación, entre otros, las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de plani-

ficación de recursos humanos, y las normas que fijen los criterios y mecanismos de evaluación del desempeño –artículo 37.1.

Algunas competencias hasta ahora propias de los órganos de representación pasan a las mesas generales de negociación, como los planes de formación o la participación en la gestión de obras sociales –artículo 37.1–. Se contempla que los acuerdos ratificados son directamente aplicables, aunque a efectos formales se requiera la modificación o derogación. Si no hay ratificación, debe renegociarse. Si no se alcanza acuerdo en las negociaciones, y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponde a los órganos de gobierno de las administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo –artículo 38–. Se modifica la composición numérica de las juntas –artículo 39–. En casos de conflictos, la mediación será obligatoria cuando lo solicita una de las partes y las propuestas de solución podrán ser libremente aceptadas o rechazadas. En el arbitraje, las partes pueden acordar voluntariamente encomendar a un tercero la resolución de un conflicto, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de las mismas –artículo 45.

En tanto se determine el procedimiento electoral general previsto en el artículo 39 del Estatuto, sobre órganos de representación, se mantendrán con carácter de normativa básica los artículos 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, 13.6, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28 y 29 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, según establece la disposición derogatoria única, letra c), en relación con la disposición transitoria quinta del Estatuto. El EBEP, al margen de la transitoriedad examinada, sólo mantiene la vigencia del artículo 7, referido a la constitución de juntas de personal en las unidades electorales.

La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial –artículo 47–, con lo que se facilita la jubilación parcial reconocida en el propio EBEP, y aunque en materia de jornada el artículo 94 de la LRL, que no ha sido derogado expresamente por el EBEP, establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, de la lectura del artículo 47 del EBEP, que también dispone que las administraciones públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos, se puede interpretar que hay una derogación tácita del mencionado artículo 94 de la LRL, de forma que cabría negociar este aspecto en el seno de las entidades locales.

En defecto de legislación aplicable, se establecen permisos y su duración con el carácter de mínimos –artículo 48.1–. Además de los días de libre disposición en cada administración pública, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido, a partir del octavo. A destacar, los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género –artículo 49–. Las vacaciones de los funcionarios públicos serán, como mínimo, de veintidós días hábiles por año natural o la parte proporcional, en otro caso –artículo 50–. Se establece un código de conducta –artículo 52–, con principios éticos –artículo 53– y principios de conducta –artículo 54–, que informan la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.

En cuanto a la jubilación, el artículo 67 incluye la jubilación parcial, siempre que el funcionario reúna los requisitos del régimen de Seguridad Social que se le aplique. Por ley de las Cortes Generales se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial. Por lo que se refiere a la prolongación de la permanencia en el servicio activo, como máximo hasta los setenta años de edad, la Administración deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación, desapareciendo el automatismo que existía anteriormente.

La oferta de empleo público deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años –artículo 70–. Las relaciones de puestos de trabajo o instrumentos similares comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias –artículo 74–. Los cuerpos y escalas de funcionarios, y cualquier otra agrupación de funcionarios, se crean, modifican y suprimen por ley de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas –artículo 75–. El artículo 76 dispone que los grupos de clasificación profesional de los funcionarios de carrera, según la titulación exigida para el acceso a los mismos, son el A –dividido en dos subgrupos A1 y A2, para el que se exige estar en posesión del título universitario de grado, salvo que la ley exija otro título universitario. La clasificación en uno u otro de estos dos subgrupos estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones y de las características de las pruebas de acceso–, el B –en el que se exige estar en posesión del título de técnico superior–, y el C –dividido también en dos subgrupos, el C1 y el C2, a los que se accede, respectivamente, con el título de bachiller o técnico, y con el título de graduado en educación secundaria obligatoria.

Según la disposición adicional séptima, además de estos grupos clasificatorios, las administraciones públicas pueden establecer otras agrupaciones diferentes, para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo. La disposición transitoria tercera de este Estatuto señala que hasta que no se generalice la implantación de los nuevos títulos universitarios, a que alude el artículo 76, seguirán siendo válidos para el acceso a la función pública los actuales títulos universitarios. Transitoriamente, además, se establecen las siguientes equivalencias: grupo A: subgrupo A1; grupo B: subgrupo A2; grupo C: subgrupo C1; grupo D: subgrupo C2, y grupo E: agrupaciones profesionales a que hace referencia la disposición adicional séptima.

Las situaciones administrativas se regulan en los artículos 85 y ss., sin que figure ahora la situación de excedencia voluntaria por desempeño de otro puesto en el sector público, salvo que en el futuro las leyes de función pública la contemplasen, al amparo de lo que dispone el artículo 85.2 del EBEP para las circunstancias que allí determina.

Según el artículo 87.3, las administraciones públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, presidentes de diputaciones o de cabildos o consejos insulares, diputados o senadores de las Cortes Generales y miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido directores generales y otros cargos superiores de la correspondiente administración pública.

De la lectura de este precepto surge la duda de qué se entiende por la correspondiente administración pública, ya que no sabemos si de lo que se trata es de garantizar al funcionario la situación a que se alude de consolidación de grado y complementos, relativa a la administración de destino o a la de origen, debiendo inclinarnos por esta última posibilidad, ya que en el cargo electivo de desempeño no sólo se trata de administraciones sino que se comprenden, entre otros, las asambleas legislativas o las propias Cortes Generales, aunque puede conllevar problemas de aplicación práctica, cuando en la administración de origen no existan las figuras de director generales o cargos similares, lo que será común en las medianas y pequeñas entidades locales, y acaso haya que tomar como referencia en este caso a la Administración autonómica respectiva.

Entre las faltas muy graves –artículo 95– se recoge toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo, el acoso laboral y las que queden tipificadas como tales en ley de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

Desde otro prisma, también hemos de reseñar que según la disposición adicional octava del EBEP, las administraciones públicas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario.

Téngase en cuenta también la disposición transitoria segunda, sobre personal laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario, y la disposición transitoria cuarta, sobre consolidación de empleo temporal, que exige la dotación presupuestaria y encontrarse desempeñado interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

Por último, la disposición final tercera del EBEP modifica las letras a) y g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas –refiriéndose, por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, al concepto de organismos públicos en lugar de organismos autónomos e incorporando las fundaciones y los consorcios, además de las entidades y las corporaciones de Derecho público–, y también se modifica el apartado 1 del artículo 16 de la citada Ley 53/1984, en el sentido de que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del Estatuto incluyan el factor de incompatibilidad, así como al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. No obstante, según la disposición final cuarta, apartado 2, estas previsiones que se contienen en materia de incompatibilidades en el EBEP producirán efectos en cada administración pública a partir de la entrada en vigor del capítulo III del título III –derechos retributivos– con la aprobación de las leyes de función pública de las adminis-

traciones públicas que se dicten en desarrollo del Estatuto, ya que, mientras tanto, la autorización o denegación de compatibilidad continuará rigiéndose por la actual normativa.

2.1. Continuidad de la figura del personal eventual

Lamentablemente, ni la Comisión para el Estudio y Aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, ni la Comisión para la Elaboración del Libro Blanco sobre la Reforma del Gobierno Local, ni finalmente el propio EBEP, han optado por erradicar la figura del personal eventual del concepto de empleados públicos, algo que parece bastante elemental con el mero contraste de esta figura, que tuvo su clara consagración con la legislación franquista⁹ de 1964, con lo que ordena, sin excepciones, nuestra Constitución española de 1978, que apuesta por una función pública imparcial, al servicio objetivo de los intereses generales, y seleccionada de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, principios que son absolutamente desconocidos por la propia naturaleza singular del personal eventual.

En este sentido, se ha perdido una oportunidad histórica extraordinaria, para poner las cosas en su sitio y, aunque reconozcamos que las funciones del personal eventual son necesarias para el desarrollo de la actividad de los partidos políticos, cuestión que debía haberse resuelto al margen de la Administración pública, no debe confundirse por ello el empleo público constitucional con las funciones de confianza o asesoramiento político –asesoramiento especial en los términos del artículo 12 del EBEP, aunque en el artículo 87.1.i) se utiliza con más propiedad el término de “político”–. Tenía que haberse establecido, pues, una exclusiva relación contractual con las fuerzas políticas y no mediante nombramiento administrativo, y todo ello sin interferir en las tareas que corresponden sólo a los empleados públicos *stricto sensu*.

Por tanto, podemos sostener que sobre el personal eventual el EBEP es continuista respecto de la legislación funcional de 1964 y que no ha hecho el obligado *aggiornamento* en este punto a la Constitución española de 1978, incluso lo ha complicado algo más, porque si bien el artículo 12.4 del EBEP sigue diciendo, como se señalaba en el artículo 20.3 de la Ley 30/1984, que la condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna, dice lo contrario en el artículo 87.2 de dicho Estatuto, al referirse a que

9. Confirmada por el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, y por el artículo 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del

régimen local, y el artículo 176 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.

el tiempo que permanezcan en la situación de servicios especiales se computará a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación y también de promoción interna. Pensamos que se trata de un error, que debía subsanarse dando todo el valor al mandato claro del artículo 12.4 del EBEP o, en el peor de los casos, valorar exclusivamente en la promoción interna sólo la antigüedad que se acredite durante el periodo desempeñado como personal eventual pero, en ningún caso, no cualquier otro aspecto derivado de dicha condición.

2.2. El personal directivo profesional

La necesidad de que el elemento representativo cuente con la cercanía de los puestos claves de la Administración ha llevado también a atribuir al personal eventual cometidos directivos,¹⁰ algo ajeno a la previsión del artículo 20.2 de la Ley 30/1984 –reiteramos que sólo asignaba funciones de confianza o asesoramiento especial– y que en el ámbito local tenía un cierto anclaje en el artículo 176 del Real decreto legislativo 781/1986, incurriendo en *ultra vires*, por no respetar ni la citada legislación básica de función pública ni la básica de régimen local –artículo 104 de la LRL–, aunque en algún caso la legislación autonómica negó afortunadamente que el personal eventual pudiese desempeñar funciones directivas, como sucede, por ejemplo, con el artículo 250 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, introdujo un nuevo título en la LRL, el X, para los llamados *municipios de gran población* y determinados cabildos, inspirado en el modelo de la LOFAGE,¹¹ y por ello adolece de sus carencias, con meras apelaciones a la competencia y a la experiencia, resultando una función directiva política y no profesional, alejada de la Constitución española de 1978. Además, se prevé –extensible a todas las entidades locales– la figura de los titulares de los órganos directivos de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresa-

riales locales que se introducen en el ámbito local en esta reforma de 2003, empeorando todavía más su desajuste constitucional al abrir la posibilidad de nombrar a estos directivos si provienen del sector privado con una experiencia mínima de cinco años en el ejercicio profesional o simplemente por el hecho de ser funcionarios o personal laboral de las administraciones públicas, así de sencillo. La peor politización decimonónica estaba servida, pues, en las entidades locales, con el reclutamiento de su personal directivo en los términos recogidos en la Ley 57/2003.

En los llamados *municipios de gran población* se establece una organización diferente de las entidades locales de régimen común, que distingue entre órganos superiores –curiosamente no son órganos superiores los miembros de la corporación que no forman parte de la Junta de Gobierno Local y sí lo son los miembros de este órgano que no han sido elegidos democráticamente– y órganos directivos. Dentro de estos órganos directivos, unos son necesarios, secretario general del Pleno, por ejemplo, otros potestativos, como sucede con los coordinadores o directores generales, y pueden tener contenido técnico-directivo (los puestos llamados ahora con habilitación de carácter estatal) o técnico-político, en el que se adscriben, entre otros, los citados coordinadores o directores generales o cargos similares.

Los artículos 127 y 130 de la LRL introducidos por la citada Ley 57/2003, de 16 de diciembre, concretaban el nombramiento y cese de los directores generales o coordinadores generales, por la Junta de Gobierno Local, en términos absolutamente genéricos y censurables, hablando del nombramiento entre funcionarios sólo por tratarse de que tuviesen ya la condición de funcionarios del grupo A, o incluso sin ser funcionarios aludiendo vagamente a la motivación y a criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad pública o privada, pero sin un engarce con los principios constitucionales de acceso al empleo público.

El artículo 13 del EBEP¹² se refiere ahora al personal directivo, como el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas,

10. Piénsese en el caso de Barcelona, cuya Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de Carta Municipal de Barcelona, contempla el personal de alta dirección, dentro del personal eventual, sin dirección pública profesionalizada, incumpliendo por tanto el requerimiento constitucional en este punto. La Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y régimen especial de Madrid, alude a la competencia profesional y a la experiencia para nombrar a su función directiva, pero el resultado es su clara politización, por su libre nombramiento y cese.

11. Se observa un cierto avance respecto de la LOFAGE, aunque claramente incompleto, hacia la función directiva profesionalizada en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, aplicable a las agencias de la Administración

del Estado. En particular, es criticable la presencia de temas, que los puestos de máxima responsabilidad se cubran con una relación laboral de alta dirección, y que tengan pendiente la espada de Damocles del cese discrecional.

12. El artículo 58 del Anteproyecto de ley básica del gobierno y la Administración local, en cuanto a la figura del personal directivo local, no contiene referencias a la concurrencia en el proceso de selección, aunque sí al mérito, la capacidad y la publicidad. Se destaca la importancia de especificar sus funciones y los objetivos de su gestión, que tendrán reflejo en sus condiciones retributivas y en el cese, que se vincula al resultado de dicha gestión.

definidas como tales en las normas específicas de cada administración.¹³ El personal directivo está sujeto a evaluación y excluido de la negociación colectiva, y, cuando es personal laboral, se someterá a la relación laboral de carácter especial de alta dirección,¹⁴ aunque si tenemos en cuenta la previsión del artículo 9.2 del EBEP, que dispone que en todo caso el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales de las diferentes administraciones corresponden exclusivamente a funcionarios, no va a tener cabida en la inmensa mayoría de los casos su contratación laboral de alta dirección. Añade el artículo 13 que su régimen jurídico específico se puede establecer sólo por los gobiernos central y autonómico. En el trámite parlamentario, en el Senado, se optó finalmente por no diferenciar al personal directivo como una de las clases de personal a que alude el artículo 8 del EBEP.

Téngase presente también la disposición adicional novena de la vigente Ley del suelo, por la que se modifica la LRL, y a la que incorpora una nueva disposición adicional decimoquinta, en la que se establece que el régimen previsto en el artículo 75.7 de la LRL, relativo a los registros de intereses, será de aplicación a los directivos locales y a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, cuyos puestos hayan sido provistos mediante libre designación, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman. Tienen la consideración de personal directivo a estos efectos los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.

De esta forma, se separa del criterio contenido en el artículo 13 del EBEP, que definía al personal directivo, como el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada administración, ya que ahora se concretan en mayor medida los rasgos de la función directiva en la legislación

estatal. Esta nueva disposición concreta también que los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades de la Ley 53/1984 y otras normas que resulten de aplicación, y las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, en los términos que establece el artículo 75.8 de la LRL.

Pues bien, el personal directivo que, según el artículo 13 del EBEP, tiene un régimen jurídico específico que puede ser desarrollado¹⁵ por el Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, es cierto que gracias al EBEP ha dado un paso positivo, ya que en el propio artículo 13 viene desarrollado con el inciso “personal directivo profesional”, no siendo intrascendente el apelativo de profesional, al dejar explicitado ahora que la selección debe efectuarse atendiendo a los principios de mérito y capacidad, mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia, pero sigue planeando la sombra de la confusión entre los principios electivos y selectivos, es decir, la idea de que los responsables políticos consideren que su legitimación democrática es título suficiente para contar con una estructura administrativa afín –engarzando con la peor tradición decimonónica–, algo reñido con la esencia de la Constitución, y decimos esto porque se desliza en el artículo 13.2 el término “designación”, en lugar de acceso o selección, al mismo tiempo que no se menciona al principio de igualdad, y de que aparece una llamada a que en dicha designación se atenderá a criterios de idoneidad, lo que parece sorprendente, porque dicha idoneidad se ha de predicar del conjunto de las personas que son seleccionadas y acceden al empleo público, al margen de si son directivos o no.

Dado que no estamos ante una clase de personal diferente del personal funcionario –la regla general– o del personal laboral de alta dirección, no parece sostenible la postura de defender una aplicación distinta de la que se recoge para uno u otro caso, respectivamente, en el artículo 61 del EBEP, que hay que aplicar con todas sus consecuencias, órganos de selección incluidos. La idoneidad en nuestro modelo

13. Vid. SERRANO PASCUAL, A. “Ámbito subjetivo y acceso a las funciones directivas en las entidades locales”, CUNAL, 18, noviembre-diciembre de 1997, p. 49-60, y, del mismo autor, “La función directiva en las entidades locales: Reflexiones en torno al Anteproyecto del Estatuto básico de la función pública”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 20, 1997, p. 3055-3070.

14. Téngase en cuenta el Real decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

15. La disposición adicional cuarta, apartado 2.c), del EBEP dispone que, en el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, la regulación del procedimiento de provisión de puestos directivos así como su régimen de permanencia y cese corresponde a sus respectivas asambleas.

constitucional de empleo público debe ser siempre el resultado de la igualdad, del mérito y de la capacidad. A pesar de que, aunque en el debate parlamentario se negase que estemos ante una nueva clase de personal y que había que subsumirlo dentro del personal funcionario o, en su caso, del personal laboral de alta dirección, dé la impresión de que se ha creado un *tertium genus* y que la carrera profesional de los empleados públicos no contempla el acceso a esta nueva figura, lo que sería un craso error. El término *idoneidad*, por lo demás, vuelve a hacer acto de presencia en el artículo 80 del EBEP, en la provisión de puestos de trabajo mediante libre designación, en donde se habla de la apreciación discrecional de la idoneidad de los candidatos.

La evaluación del desempeño o la negociación colectiva¹⁶ –como también reitera el artículo 37.2.c) del EBEP– sigue un camino diferente al de la generalidad del personal de la entidad local, así como la situación administrativa en el supuesto de que el puesto directivo se desempeñe en las entidades locales del título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, ya que en este supuesto procede declarar la situación de servicios especiales, como se desprende del artículo 87.1.f) del EBEP, al referirse expresamente a los conceptos de órganos superiores y órganos directivos.

En este caso de órganos directivos de los municipios de gran población y cabildos afectados por el citado título X, el cese supone que los funcionarios afectados hayan de recibir el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido directores generales y otros cargos superiores de la correspondiente administración pública ex artículo 87.3 del EBEP. Téngase en cuenta que la posibilidad del cese sólo parece desprenderse para los directivos de las entidades locales del título X, y que en el resto de los supuestos el EBEP no contempla dicha circunstancia, por lo que habría que sostener su imposibilidad, máxime cuando nada dice el EBEP sobre asignación de un nuevo puesto de trabajo, a diferencia de los supuestos de cese en puestos de libre designación o de pérdida del puesto obtenido por concurso, que sí lo contemplan expresamente.

2.3. El acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo

El EBEP concreta en el artículo 55 los principios rectores de acceso al empleo público. Entre los requisitos

generales figura ahora el tener cumplidos dieciséis años y la posibilidad de exigir el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar –artículo 56–. Los órganos de selección se ajustarán a los principios de imparcialidad y profesionalidad y se tenderá a la paridad entre mujer y hombre –no dice que se adecuará, como sucede en el artículo 79.1, cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo.

Por fin, sin excepciones, el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no pueden figurar en estos órganos. Además, la pertenencia a dichos órganos será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie –artículo 60–. De esta forma, las entidades locales que hasta ahora se regían por el principio de la predominancia técnica y no de la exclusividad técnica en la composición de los órganos seleccionadores entran en la senda constitucional, aspecto que recientemente se había modificado para los municipios de gran población y que no tuvo una solución satisfactoria, en el artículo 127.1.h) de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. La discrecionalidad técnica de los órganos seleccionadores, de la que se va a derivar una presunción de fiabilidad de sus juicios, en mayor medida que la actual, requería de la regulación del EBEP, sobre todo por lo que se refiere a las entidades locales, cuyos tribunales vienen contando con la presencia de miembros de la corporación, rompiendo con la exclusividad técnica de su composición.¹⁷

En el apartado de órganos de selección, el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del anteproyecto de Estatuto básico del empleado público puntualizaba que sus miembros deben poseer un amplio conocimiento del área profesional en que estén incardinados los puestos o funciones a que se dirige la selección o un dominio de las técnicas y habilidades específicas de selección de personal, o ambas cosas al mismo tiempo. Nos parece adecuada esta precisión, que no se recoge en el EBEP y que las leyes de función pública podían contemplar expresamente.

Las administraciones públicas tienen la posibilidad de crear facultativamente órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos. Las pruebas pueden completarse con la superación de cursos, periodo de prácticas, exposiciones curriculares, pruebas psicotécnicas o entrevistas,

16. Aunque el personal directivo sí que puede ser elector y elegible, a tenor de lo que se desprende del artículo 44 del EBEP al determinar que serán electores y elegibles los funcionarios que se encuentren en la situación de servicio activo.

17. Véase a SERRANO PASCUAL, A. "La composición técnica de los tribunales de selección de personal en la Administración local: Una asignatura pendiente", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, 19, 2000, p. 3129-3136.

pudiendo exigirse reconocimientos médicos. Sólo en virtud de ley se puede aplicar el sistema excepcional de concurso de méritos. Cuando se ocupa del personal laboral, sin embargo, se dice que los sistemas selectivos serán los de oposición, concurso-oposición o concurso de méritos, y que se pueden negociar las formas de colaboración de las organizaciones sindicales en los procesos selectivos, en el marco de los convenios colectivos. El personal laboral, por tanto, sigue con la sombra de la duda en cuanto a su selección, al dejar abierta el EBEP la posibilidad del concurso de méritos en pie de igualdad que la oposición o el concurso-oposición, y por el trato singular que se da a la posibilidad de “negociar” las formas de colaboración de las organizaciones sindicales en los procesos selectivos.

En el supuesto de que se produzcan renuncias de los aspirantes seleccionados, antes de su nombramiento o toma de posesión, el órgano convocante puede requerir al órgano seleccionador relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos, para su posible nombramiento como funcionarios de carrera.

Al regular los sistemas selectivos, el artículo 61 hace referencia a la adecuación entre las pruebas y las tareas del puesto a desempeñar, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas precisas. Las pruebas podrán consistir en la comprobación de conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes –de forma oral o escrita–, en la realización de ejercicios, en plantear pruebas de idiomas y, en su caso, en la superación de pruebas físicas. La fase de concurso, si la hay, no puede ser determinante en el proceso selectivo.

La Comisión de Expertos designada para la elaboración del anteproyecto del Estatuto básico del empleado público sostuvo, con buen criterio, que el acceso al empleo público debe considerarse una de las piezas clave de todo el sistema de empleo público y que guarda estrecha relación con principios fundamentales del Estado de derecho, teniendo que ser garantizados estrictamente en todas las administraciones públicas. El Informe precisa –páginas 91 y 92– los principios que deben presidir sin excepción el acceso al empleo público –y que tendría que contener el Estatuto básico del empleado público–: publicidad; libre concurrencia e igualdad; mérito y capacidad; transparencia, así como imparcialidad, independencia, especialización y profesionalidad de los tribunales, y eficacia y agilidad de los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que deben caracterizar el proceso. En este sentido, entre los principios recogía el Informe también, expresamente, la fiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar

la capacidad de los aspirantes, teniendo en cuenta su adecuación para evaluar las competencias que forman parte del perfil de idoneidad previamente definido, y la eficacia de los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil correspondiente, aspectos que no aparecen tan definidos en el EBEP.

En particular, se precisaba en el Informe –página 97– que, en todo caso, debían incluirse en los procesos selectivos una o varias pruebas de capacidad, que consistieran en la verificación de conocimientos, con carácter oral o escrito, la realización de pruebas de aptitud y de capacidades cognitivas, la realización de ejercicios y simulaciones demostrativos de la posesión de habilidades y destrezas y, en su caso, la superación de pruebas físicas. La prueba o pruebas de capacidad –sin perjuicio de los cursos selectivos– podían ser completadas con instrumentos de información biográfica de los candidatos y valoración de méritos y referencias, con la superación de pruebas psicométricas o de exámenes médicos o con la realización de entrevistas de selección, verificadas por personal especializado. Además, cuando se combinaran pruebas de capacidad con valoración de méritos la puntuación por los méritos prestados debía ser proporcionada y no determinar por sí misma el resultado del proceso selectivo. El EBEP sigue la pauta del Informe, pero plantea algunas dudas el artículo 61.5 al referirse a la exposición curricular por los candidatos, a las pruebas psicotécnicas y a la realización de entrevistas.

En efecto, mientras que en el Informe se aludía, como hemos visto, a instrumentos de información biográfica de los candidatos, que en el artículo 4.c) del Real decreto 896/1991, de 7 de junio, sobre reglas básicas y programas mínimos del procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local, figuraba como entrevistas curriculares, ahora el EBEP habla diferenciadamente de las entrevistas y de la exposición curricular, y no arroja luz sobre la intencionalidad de separar ambas, generando inseguridad y una cierta desconfianza, ante la pregunta de cuál va a ser el contenido de dichas entrevistas.

Además, en principio, nada habría que objetar sobre los cursos selectivos o los períodos de prueba, siempre que no sean meros trámites a cumplir sin mayor relevancia, y tampoco sobre la realización de ejercicios y simulaciones demostrativos de la posesión de habilidades y destrezas y, en su caso, respecto a la superación de pruebas físicas, si las características de la plaza lo requiriesen, pero desde nuestro punto de vista creemos que en lo que se refiere a las pruebas psicométricas deben hacerse algunas puntualizaciones.

En primer lugar, el papel a desempeñar por los tests debe ser valorado en su justa medida, en una posición

de equidistancia entre quienes los aplauden fervorosamente y quienes ejercen una crítica furibunda sobre ellos, denunciando la “testomanía” o la “cuantofrenia”. Lo cierto es que mientras los tests que analizan actividades sensoriales y motoras –visión, audición, tacto, reflejos...– se han mostrado de gran utilidad en la selección profesional, se impone, como señala García Pleyán,¹⁸ una reserva respecto de otros tests, en los que una serie de factores –afectivos, sociales, de historia personal– pueden falsear sus resultados. En este sentido, consideramos, siguiendo a Marina,¹⁹ que: “La inteligencia se ha evaluado por sus capacidades cognitivas básicas –percibir, relacionar, aprender, argumentar, por ejemplo– que suelen ser lo que miden los tests de inteligencia. Este atrincheramiento en el campo cognitivo me parece una reducción engañosa.” Tengamos presente, en este orden de cosas, que, en un primer estadio, los tests se centraron en las capacidades lingüística, viso-espacial y lógico-matemática, e incluso así sus resultados pueden tener un cierto enmascaramiento derivado de los sesgos culturales, que no deberían olvidarse tampoco cuando se analizan los resultados obtenidos por estos instrumentos.

Sin embargo, ya en 1973, el profesor David McClelland publicó en *Harvard Business Review* el artículo “Testing for competence rather than intelligence”, que vino a demostrar que los conocimientos académicos y el cociente intelectual no predecían el buen desempeño en el puesto de trabajo, surgiendo el concepto de competencia, que viene a significar las características personales que diferencian a las personas con desempeño superior, y Gardner, en 1983, publicó *Frames of mind*, en el que se centró en las llamadas *inteligencias múltiples* –verbal, lógico-matemática, espacial, interpersonal, musical...–, y puso de manifiesto, además, que la inteligencia interpersonal o social es diferenciadora del éxito en ciertas profesiones (comerciales, políticos, profesores, consultores...). En esta línea se inscribe también Daniel Goleman en su obra *Inteligencia emocional*²⁰ –entendiendo por tal la capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos y los de los demás, para motivarnos a nosotros mismos y para gestionar las emociones en nosotros y en nuestras relaciones–, donde llegó a definir las competencias emocionales

como rasgos personales o un conjunto de hábitos que llevan a un desempeño profesional superior, es decir, una habilidad que aumenta el valor económico que una persona realiza en el mundo laboral.

Aspectos como la conciencia de uno mismo, la motivación, la comprensión social o las habilidades sociales cobran ahora nueva importancia, en una visión más holística de la persona, que trata de salvar la supuesta dicotomía cognición-emoción, y que influye claramente en el campo de las relaciones interpersonales. Se ha llegado a decir, por Fernández Berrocal y Ramos Díaz,²¹ que: “No buscamos a nuestro alrededor las personas más inteligentes, sino los trabajadores más simpáticos, comprensivos, empáticos, equilibrados y sociales.”

En un amplio estudio²² de la Universidad Carlos III, dirigido por ocho expertos en selección por competencias, se ha puesto de relieve que la capacidad de aprendizaje, saber trabajar en equipo y la responsabilidad resultan determinantes a la hora de contratar a alguien. En este trabajo se concreta que las siete habilidades más demandadas en la contratación de licenciados y diplomados son la capacidad de aprendizaje; el trabajo en equipo; la responsabilidad en el trabajo; la actitud positiva y optimismo; la flexibilidad y capacidad de adaptación; la orientación al cliente y la resolución de problemas. Por el contrario, resultan menos demandados –como habilidades a la baja–, el espíritu de liderazgo; la negociación;²³ el conocimiento de idiomas; la creatividad e innovación; aplicar conocimientos teóricos a la práctica –a corto plazo, no en cambio a largo plazo–, y el afrontamiento del estrés y la tolerancia a la frustración.

Lo que está claro es que, desde el punto de vista profesional, la inteligencia emocional debe ser un elemento que ha de considerarse en el acceso y en la provisión de puestos de trabajo en el empleo público. No obstante, una parte de los problemas se suscitan ante la dificultad de medir la inteligencia emocional –si atendemos las distintas competencias emocionales–, de forma que puede plantearse o bien medir todas las competencias emocionales posibles o una serie de competencias que nos interesen (un determinado perfil de competencias, ajustado al puesto de que se trate).

18. GARCÍA PLEYÁN, C. *Psicología, hoy*, Teide, Barcelona, 2.ª ed., 1982, p. 122-123.

19. MARINA, J. A. *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, Anagrama, Barcelona, 2004, p. 16.

20. GOLEMAN, D. *Inteligencia emocional*, Kairós, Barcelona, 1997. Véase también, de este autor, *La práctica de la inteligencia emocional*, Kairós, Barcelona, 1998.

21. FERNÁNDEZ BERROCAL, P.; RAMOS, N. *Corazones inteligentes*, Kairós, Barcelona, 2002, p. 307.

22. *Gaceta Universitaria*, 518, de 3 de mayo de 2005, y versa sobre la identificación de los valores y competencias demandados en el mercado profesional a titulados universitarios.

23. Véase a MUNDUATE JACA, L.; MEDINA DÍAZ, F. J. *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Psicología Pirámide, Madrid, 2005.

En el caso del perfil de competencias en el empleo público, será imprescindible partir de los fundamentos constitucionales del empleo público y de la previsión contenida en la legislación básica, y de un modo especial de los derechos, deberes, código de conducta ética, observar las personas con resultados superiores, la experiencia de otras organizaciones...

No olvidemos tampoco que muchas de las herramientas y técnicas utilizadas han acabado siendo instrumentos de escaso valor predictivo, demostrando incluso que el coeficiente de correlación entre los resultados de los tests y el desempeño en el puesto de trabajo era incluso negativo. En este sentido, siguiendo a Vara,²⁴ se cuenta, básicamente, con tres herramientas destacadas para evaluar la inteligencia emocional: *Assessment center*; entrevista de incidentes críticos/focalizada, y cuestionarios de competencias. El *Assessment center* consiste en una serie de pruebas que tratan de simular fidedignamente las actividades del puesto de trabajo concreto, con el riesgo de que se perciba que se está evaluando sus conocimientos y no las competencias emocionales.

La entrevista de incidentes críticos/focalizada consiste en formular preguntas sobre acontecimientos recientes donde haya desempeñado un papel protagonista, que provocan de una manera abierta y no condicionada que las personas muestren de forma espontánea las conductas y comportamientos –asociados a competencias emocionales–, que suelen utilizar en la vida cotidiana. Puede ser focalizada si tiene en cuenta el perfil del puesto con el que comparar. Dura dos o tres horas, estructurado en trayectoria profesional, descripción del puesto actual y antecedentes críticos. Goleman o el *Diccionario millenium* de HayGroup facilitan la codificación mediante sus diccionarios. Sin embargo, habría que hacer un diccionario específico en la Administración.

Finalmente, los cuestionarios de competencias emocionales,²⁵ que permiten incluso la autoevaluación, son instrumentos más sencillos, que vienen a consistir en preguntar a una persona sobre sí misma o sobre otra u otras, acerca de la frecuencia con la que utiliza una serie de comportamientos, de forma tal que si se pregunta a superiores, compañeros y subordinados se hablaría de “enfoque 360º” y, si se prescindiera de alguno de ellos de “enfoque 180º”.

En general, se puede afirmar que hay un cierto desconocimiento de qué capacidades son las claves del buen desempeño en la Administración, y cómo se desarrollan en el ámbito del empleo público, por lo que nuevos estudios e investigaciones tienen que jugar en el futuro un papel destacado en este ámbi-

to. Pero junto a los problemas de carácter general expuestos a la hora de evaluar las competencias emocionales, no podemos olvidar tampoco la realidad de las entidades locales y la carencia de medios personales para llevarla a cabo con unas garantías mínimas, y cabe el temor, por lo tanto, a que un instrumento científico deje de serlo cuando no es aplicado con las garantías debidas, y pueda servir de coartada para seleccionar y proveer puestos de trabajo, sin ajustarse a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Mientras que en materia de acceso al empleo público el EBEP es plenamente aplicable desde su entrada en vigor, por lo que se refiere, en cambio, a la provisión de puestos de trabajo y movilidad –artículos 78 a 84– su eficacia está demorada ex disposición final cuarta, apartado dos, a la aprobación de las correspondientes leyes de función pública.

Recordemos que la Comisión de Expertos apostaba, respecto a la provisión de puestos de trabajo, y enmarcada en la carrera profesional, por un sistema de carrera horizontal basado en la valoración de los conocimientos técnicos y del trabajo desarrollado por el empleado público, mediante la determinación de distintas categorías, su número, los criterios de progresión de una a otra y la compensación retributiva correspondiente a cada una, de una manera excesivamente inconcreta. En cuanto al concurso, la Comisión de Expertos apreciaba un tipo de problemas derivados de la insuficiente definición de los perfiles profesionales de los puestos de trabajo, y otro tipo de problemas consecuencia de baremos demasiado detallados o reglados “de manera que no permiten valorar muchas veces la capacidad real y las habilidades de los candidatos”, y se daba cuenta de que “es necesario contar con las herramientas adecuadas, entre ellas la realización de entrevistas o tests por profesionales especializados” –página 118.

Pues bien, de la regulación del EBEP se desprende que el concurso es el procedimiento normal de provisión de los puestos de trabajo de los funcionarios de carrera y que consistirá en la valoración de los méritos y capacidades, y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico, ajustándose su composición al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y con adecuación al criterio de paridad entre mujer y hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad. En el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso, se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada adminis-

24. VARA, R. “En busca del talento”, en *Corazones inteligentes*, op. cit., p. 429-445.

25. Véase a LEPSINGER, R.; LUCIA, A. D. *The art and science of 360º feedback*, Pfeiffer, 1997.

tración pública y con las garantías inherentes de dicho sistema, según se refleja en el artículo 79.

La libre designación consiste, ex artículo 80, en la apreciación discrecional de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto. El órgano competente puede recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos. En caso de cese, se les debe asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada administración pública y con las garantías inherentes de dicho sistema –artículo 80–. Debe insistirse en que estamos ante el procedimiento excepcional de provisión de puestos de trabajo, que se ha ido convirtiendo en la regla general en muchos casos, y que supone por ello una quiebra de los principios constitucionales y una clara postergación de la carrera profesional de los empleados públicos, máxime cuando ni siquiera hay una mínima apelación por retórica que fuese al “historial profesional” de los candidatos, como así se hacía constar en la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000. Curiosamente, el acceso a la función directiva profesional deberá hacerse de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, y en cambio los puestos de especial responsabilidad y confianza, que están en un estrato inferior, pueden proveerse con la mera libre designación, el resultado es contradictorio y algo no se ha hecho adecuadamente, que no es otra cosa que, lamentablemente, la pervivencia de la libre designación.

Finalmente, por lo que se refiere a la siempre asignatura pendiente de la movilidad en el empleo público, la Comisión de Expertos apreciaba la necesidad de su aplicación real, el artículo 82 del EBEP regula la movilidad por razón de violencia de género, y en el artículo 84 la movilidad voluntaria entre administraciones públicas queda recogida, aunque nos tememos que si la Conferencia Sectorial de Administración Pública no aprueba los criterios generales para llevar a cabo las homologaciones y no se impulsa activamente volveremos a encontrarnos con relaciones de puestos de trabajo cerradas a funcionarios de otras administraciones públicas.

2.4. La carrera administrativa y la evaluación del desempeño

El Informe de la Comisión de Expertos prestó mucha atención a la evaluación del desempeño, reconociendo su importancia para la gestión de la carrera profesional, pero no sólo para ella, ya que como concreta

–página 107– debe ser un factor fundamental de mejora de la motivación y el rendimiento del empleado público y constituirse por ello en un elemento central de cualquier reforma modernizadora de las administraciones públicas, que en buena medida ha sido ajeno a nuestra cultura administrativa y que ahora se propugna con carácter básico.

Sigue diciendo la Comisión –página 108– que los sistemas de evaluación deben diseñarse de tal forma que garanticen la objetividad e imparcialidad de la evaluación, mediante la determinación de criterios objetivos, transparentes y previsibles de evaluación a través de la aplicación de técnicas adaptadas al contenido funcional de los puestos de trabajo y a las finalidades perseguidas por la evaluación en cada caso, sin perjuicio de los informes de valoración que emitan los órganos competentes superiores y del valor que se atribuya a los mismos, siendo admisibles sistemas de evaluación tanto del rendimiento individual como de grupo, equipo o unidad de trabajo, y tanto los que se basan en la apreciación de los resultados obtenidos como aquellos que lo hacen en la valoración de comportamientos o conductas de las personas.

La Comisión proponía –página 109– que el Estatuto incida en la obligación de todas las administraciones públicas de introducir sistemas de evaluación del rendimiento de sus empleados, mediante la aplicación de criterios y técnicas que garanticen la objetividad e imparcialidad de la evaluación, que requieren el desarrollo de importantes capacidades internas: sistemas de definición de objetivos, indicadores de rendimiento, instrumentos para valorar competencias, técnicos especializados, directivos capacitados y comprometidos, lo que exigiría a su vez una mayor inversión en la gestión de recursos humanos y reforzar las unidades especializadas dedicadas a ello, y entiende el Informe que se trata de una de las inversiones más rentables a medio y largo plazo que puede hacerse en el sector público.

Si esto es así, y estamos convencidos de ello –la propia Unión Europea ha establecido la evaluación del desempeño²⁶ para su personal, como factor decisivo para mejorar la motivación y la productividad–, resultaba criticable que se sostuviera la aplicación gradual de estos sistemas de evaluación, y que se condicionase al reforzamiento de las capacidades de gestión de recursos humanos en cada Administración, porque eso conllevaba que en la inmensa mayoría de las entidades locales se vieran huérfanas de estos sistemas, y no se entendería que la bondad

26. En nuestro país, la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas es demostrativa de la preocupación sobre el nivel de funcionamiento

de los servicios públicos, del que se pueden derivar mecanismos de incentiviación.

de los sistemas de evaluación, cuyos resultados se pretenden vincular con la promoción y carrera de los empleados públicos y con la aplicación de complementos de productividad u otros conceptos retributivos ligados al rendimiento, o, en su caso, con la no-percepción de los mismos, no conlleve la aplicación a una buena parte de los empleados públicos locales.

Entrando a analizar el EBEP, los artículos 16 al 20 desarrollan el derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, así como la evaluación del desempeño, cuya eficacia está demorada ex disposición final cuarta, apartado dos. Según la disposición adicional décima, la carrera profesional de los funcionarios se iniciará en el grado, nivel, categoría, escalón y otros conceptos análogos correspondientes a la plaza inicialmente asignada al funcionario tras la superación del proceso selectivo, que tendrá la consideración de mínimos. A partir de aquéllos, se producirán los ascensos que procedan según la modalidad de carrera aplicable en cada ámbito.

Se distingue entre carrera horizontal, carrera vertical, promoción interna horizontal y promoción interna vertical. La carrera horizontal consiste en la progresión funcional sin cambio de puesto de trabajo; la carrera vertical se produce con el ascenso a otros puestos de trabajo; la promoción interna horizontal consiste en el acceso a cuerpo o escalas del mismo subgrupo profesional, y la promoción interna vertical se define como el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo, o grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga subgrupo, a otro superior.

La evaluación del desempeño, según el artículo 20.1 del EBEP, es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional, por un lado, y el rendimiento o logro de resultados, por otro, con criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad. Las administraciones públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, en la formación, en la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias. Además, la continuidad en un puesto obtenido por concurso se vincula a la evaluación del desempeño, dándose audiencia al interesado, y mediante resolución motivada.

La evaluación del desempeño requiere, con carácter previo, la aprobación de sistemas objetivos que permitan dicha actividad evaluadora –artículo 20.5–,

y, según el artículo 37.1.d), serán objeto de negociación las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño. Naturalmente es condición necesaria el que la propia Administración haya definido los objetivos que persigue, dentro de un proceso de reflexión y de planificación estratégica, contar con los adecuados indicadores de gestión o de rendimiento, personal especializado, y con el compromiso de la representación del personal y del conjunto de los medios humanos, incluidos los propios directivos.

2.5. Los funcionarios con habilitación de carácter estatal

Los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional son singularizados en el Informe de la Comisión de Expertos y, al respecto, se dice lo siguiente:²⁷ “Estos funcionarios tienen por misión realizar un control interno, profesional e independiente de legalidad y económico-financiero de las entidades locales. Estas funciones son imprescindibles en todo caso y difícilmente pueden garantizarse en las entidades locales de menor dimensión si no es por medio de funcionarios de carrera dotados de un estatuto que proteja su imparcialidad. Dicho lo cual, la regulación de este tipo de personal constituye, más bien, una pieza importante y diferenciada del régimen local, por lo que la Comisión considera oportuno que sea la legislación correspondiente la que aborde su estatuto propio, como ha sucedido hasta ahora.”

Los funcionarios con habilitación de carácter estatal son regulados, ahora, en la disposición adicional segunda del EBEP,²⁸ que sustituye a los derogados artículos 92, 98 y 99 de la LRL, y, según la disposición transitoria séptima, continuarán en vigor las disposiciones que en la actualidad regulan la escala de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional hasta que se lleve a cabo la aprobación de las normas de desarrollo de la citada disposición adicional segunda, que se entenderán referidas a la escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal.

Con el EBEP se ha producido una mayor interiorización autonómica²⁹ de los funcionarios con habilitación de carácter estatal. Entre las novedades a destacar se encuentra que la convocatoria de la oferta de

27. *Ídem*, p. 37.

28. Téngase presente la disposición adicional novena de la vigente Ley del suelo, por la que se modifica la LRL, y a la que incorpora una nueva disposición adicional decimoquinta, en la que se establece que el régimen previsto en el artículo 75.7 de la LRL, relativo a los registros de intereses, será de aplicación a los directivos locales y

a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, cuyos puestos hayan sido provistos mediante libre designación, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.

29. Téngase en cuenta la disposición adicional tercera, apartado 2, respecto de las competencias de Navarra y el País Vasco.

empleo corresponde a las comunidades autónomas –pero no está resuelto el problema de qué sucederá si alguna de ellas opta por no efectuar oferta de empleo–, así como la selección de estos funcionarios, conforme a la normativa estatal. Las comunidades autónomas publicarán las convocatorias de las pruebas en sus diarios oficiales y las remitirán al Ministerio de Administraciones Públicas, para su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y remitirán asimismo la relación de funcionarios nombrados por ellas al Ministerio de Administraciones Públicas, para que se acredite por éste la habilitación estatal obtenida, en donde existirá un registro en el que se inscribirán cuantas incidencias afecten a la carrera profesional.

El concurso es el sistema normal de provisión de puestos de trabajo. En el concurso ordinario, cuyo ámbito territorial será el de las comunidades autónomas, éstas regularán las bases comunes, así como el porcentaje de puntuación que corresponde a cada uno de los méritos –generales, los correspondientes al conocimiento de las especialidades de la organización territorial de la comunidad autónoma y del Derecho propio de la misma, el conocimiento de la lengua oficial, y los méritos específicos directamente relacionados con las características del puesto–. Las corporaciones locales, a su vez, aprobarán el concurso ordinario anual con inclusión de las plazas vacantes que estimen necesario convocar, efectuando la convocatoria y la resolución. La coordinación corresponde a la comunidad autónoma, para evitar la pluralidad simultánea de adjudicaciones, que dará traslado al Ministerio de Administraciones Públicas para su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* e inscripción en el registro de funcionarios con habilitación de carácter estatal. El Ministerio de Administraciones Públicas efectuará, supletoriamente, el concurso unitario anual, de ámbito territorial estatal.

Excepcionalmente, los municipios de gran población, las diputaciones provinciales, los cabildos y los consejos insulares podrán cubrir por el sistema de libre designación, entre funcionarios con habilitación de carácter estatal de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reservados que se determinen en las relaciones de puestos de traba-

jo. Tras la polémica suscitada –con repercusión en los medios de comunicación– sobre la posibilidad que contemplaba el proyecto del EBEP, de provisión mediante libre designación en las totalidad de las entidades locales, finalmente se ha optado por reducirla a las diputaciones provinciales, cabildos y consejos, así como los llamados *municipios de gran población*, recogidos en el título X de la LRL.

La consecuencia de la nueva regulación es que debemos tener presente el artículo 121 de la LRL, que determina a quién se aplica el régimen de organización de los municipios de gran población, porque a partir del día 13 de mayo de 2007 las entidades locales que no se hayan comprendidas en dicho precepto o que estando comprendidas, como sucede con los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas, o los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales y no se hayan constituido por decisión de las asambleas legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos –excepción hecha de las diputaciones, cabildos y consejos insulares–, no podrán utilizar el sistema excepcional de provisión mediante libre designación³⁰ de sus puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal.

Hemos de insistir en que la esencia de las funciones públicas asignadas a estos funcionarios, ahora llamados *con habilitación de carácter estatal*, es incompatible con la provisión de sus puestos de trabajo por libre designación, y, aunque afortunadamente no se haya generalizado este sistema excepcional, como se pretendía, también debe ponerse de manifiesto que resulta contradictorio que se indique el carácter directivo de estos puestos en las pequeñas entidades locales³¹ –que siguen cubriéndose, pues, mediante concurso de méritos– y se abra la libre designación en los municipios de gran población, diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, cuyo carácter directivo es sustancialmente coincidente por las funciones, pero de ejecución más sencilla porque se lleva a cabo en una estructura más especializada y con mayores medios humanos

30. Piénsese que, a consecuencia de la redacción de la disposición adicional segunda del EBEP, Madrid o Barcelona no podrán proveer sus puestos de funcionarios con habilitación de carácter estatal mediante libre designación al no aplicárseles el título X de la LRL. Efectos curiosos del trámite parlamentario que, sin embargo, hemos de celebrar.

31. En el *Libro blanco para la reforma del gobierno local* se trata de definir la función directiva y se describe su cercanía a la naturaleza política. Sus autores creen necesaria su regulación jurídica, ya que de lo contrario no se alcanzarían las funcionalidades necesarias y se posibilitaría un ámbito de arbitrariedad “que escapa de los

principios de mérito y capacidad, dejando en pie tan sólo el requerimiento de la confianza”. En este sentido, sigue el modelo –reforzándolo– de la LMMGL, abriendo su acceso a los funcionarios o laborales de la Administración o incluso del sector privado, a partir de los 5.000 habitantes. Por debajo de esa cifra, se remite a los secretarios-interventores expresamente –página 105–, con lo que evidencia que en la mayoría de las entidades locales, las que se sitúan precisamente por debajo de esa cifra poblacional, los directivos van a ser, como lo vienen siendo ahora, los funcionarios con habilitación de carácter estatal.

y técnicos. La pregunta es, entonces, ¿cuál es la razón por la que unas corporaciones locales, las de mayor entidad poblacional, continúan sucumbiendo a la confusión entre Administración y política, y se siguen postergando carreras profesionales a favor del clientelismo, y en perjuicio, en última instancia, de la sociedad? Faltan respuestas convincentes, como es obvio.

Parafraseando al profesor Morell Ocaña,³² en el seno de las administraciones locales, como sucede en el resto, las previsiones constitucionales sobre la confianza y el mérito distan de haberse hecho realidad: se ha ido extravasando el ámbito de la confianza, y el mérito va quedando reducido a la inanidad, lo que nos debería impulsar a una seria reflexión y a abogar por un cambio de modelo, ajustado a la senda constitucional.

Todavía no se han dado pasos irreversibles, y en la futura Ley básica del gobierno y la Administración local, deberían reforzarse las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones de los empleados locales y, muy en especial, de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, que son quienes tienen a su cargo las funciones de control interno y de asesoramiento preceptivo.

El artículo 87.1.f) del EBEP, en otro orden de cosas, plantea alguna duda razonable al haber derogado la disposición derogatoria única, letra b), del EBEP, el apartado 2.h) del artículo 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que establecía que procedía la situación administrativa de servicios especiales cuando se desempeñasen cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las entidades locales, cuando se desempeñen responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales y cuando se desempeñen responsabilidades de miembros de los órganos locales para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, excepto los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, cuando desempeñen puestos reservados a ellos, que se regirán por su normativa específica, quedando en la situación de servicio activo.

Ahora, el mencionado artículo 87.1.f), además de añadir los cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva de las ciudades de Ceuta y Melilla, suprime la mención a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, cuando desempeñan puestos reservados a ellos, que mantenían la situación de servicio activo, y que ahora con el EBEP deberán pasar a la situación de servicios especiales, y no deja

de resultar chocante que el secretario general del Pleno cuando actúa como tal pase a servicios especiales, y que sea igual la situación para el que ha sido nombrado por concurso que para el que lo haya sido por el sistema excepcional de libre designación. Llegados a este punto, nos podemos formular algunas preguntas: ¿A partir de la entrada en vigor del EBEP significa que cambia la situación administrativa de estos funcionarios, o será con los nuevos nombramientos que se produzcan? ¿Cómo va a reingresar al servicio activo, si va a otra corporación o a otra administración, con el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido directores generales y otros cargos similares de la correspondiente administración pública? ¿Y si se trata de un puesto obtenido por concurso, el cese voluntario se equipara al cese en los casos de libre designación?

Otra novedad importante del EBEP es la que tiene lugar en materia disciplinaria, ya que ahora el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios con habilitación de carácter estatal se regulará por lo dispuesto por cada comunidad autónoma, correspondiendo sólo al Ministerio de Administraciones Públicas la resolución de los expedientes disciplinarios en los que el funcionario se encuentre destinado en una comunidad autónoma distinta a aquella en la que se le incoó el expediente. Se entiende implícitamente que la separación del servicio también correspondería con carácter general, pues, a la comunidad autónoma, salvo en este último supuesto.

Por último, digamos también que las comunidades autónomas efectuarán los nombramientos provisionales, comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental –hasta ahora, los nombramientos accidentales los efectuaban las propias entidades locales–, y la normativa autonómica reguladora de los sistemas de acceso, carrera, provisión de puestos y agrupación de funcionarios se aplicará también a estos funcionarios con habilitación de carácter estatal.

3. La incidencia del EBEP en las entidades locales

La entrada en vigor del EBEP, el día 13 de mayo de 2007, no supone, como hemos visto a lo largo de este trabajo, que despliegue una inmediata aplicación en los aspectos fundamentales que incorpora esta nueva norma, más bien todo lo contrario, y basta pensar en este sentido en la evaluación del desempeño, en la carrera profesional, en las retribuciones, en la provisión de puestos de trabajo, en materia de

32. MORELL OCAÑA, L. *El sistema de la confianza política en la Administración pública*, Civitas, Madrid, 1994, p. 29.

incompatibilidades..., cuya eficacia queda demorada hasta la aprobación de las leyes de función pública, lo que supone que en el caso de las entidades locales –junto a lo que pueda disponer, en su caso, la futura Ley básica de régimen local (denominada en el anteproyecto como Ley básica del gobierno y la Administración local)– habrá que aguardar hasta la entrada en vigor de la legislación autonómica que se apruebe en el marco de la legislación estatal básica, para que desarrolle toda sus virtualidades el EBEP.

Las peculiaridades de los empleados de la Administración local, que cuenta casi con el veinticinco por ciento del total de los más de dos millones y medio de empleados públicos de nuestro país, han pasado desapercibidas en buena medida para la legislación estatal y autonómica en materia de personal, como ya denunciaba la Comisión de Expertos sobre el anteproyecto del Estatuto básico del empleado público, y, en ese sentido, no se han tenido demasiado en cuenta las necesidades y la singularidad de esta esfera de la Administración, además de que se ha generado una clara inseguridad jurídica sobre la legislación aplicable. Entre los rasgos del empleo público local, la Comisión reseñó el elevado porcentaje de personal contratado laboral y de personal temporal –más del treinta por ciento–, la práctica ausencia y la relativa innecesariedad de personal directivo, salvo en las entidades locales de cierta dimensión, así como un porcentaje de personal eventual muy superior al resto de las administraciones públicas. Asimismo, la carrera profesional –ocupación sucesiva de puestos de trabajo de superior nivel o responsabilidad– es casi impracticable, salvo en las grandes corporaciones, agravada por la falta de movilidad interadministrativa. La Comisión constataba igualmente la dificultad de aplicar en la mayoría de entidades locales los sistemas e instrumentos de gestión de recursos humanos, y los problemas que plantea la negociación colectiva en el ámbito local. También reclamaba el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que presentan un mayor riesgo de quiebra en las entidades locales.

La pregunta que nos podemos hacer llegado este punto es si el EBEP va a contribuir o no a cambiar el actual estado de cosas en materia de empleo público local, y cuáles son las dificultades con las que nos vamos a encontrar, y la respuesta a estas cuestiones, a nuestro juicio, debe partir de reconocer la tensión existente entre la flexibilidad necesaria para que la entidad desarrolle su política de recursos humanos,

por un lado, y la legislación reguladora del régimen de los empleados públicos que debe estar anclada constitucionalmente en los postulados de mérito y capacidad, y de carrera profesional, objetividad, independencia e imparcialidad³³ en el ejercicio, por otro, pero afirmando también que no puede resolverse dicha tensión desde unas bases sociológicas, que tienen su raíz en un sistema de función pública clientelar y desprofesionalizado, sino dando todo el valor que tiene la Constitución española de 1978.

La política de recursos humanos de las administraciones públicas no está reñida ni mucho menos en los mencionados principios constitucionales, sino todo lo contrario, y las tensiones que se produzcan deberán ser resueltas desde el anclaje constitucional, evitando una mala praxis que evidencia desajustes de gestión más que deficiencias del sistema. La tentación de querer apoderarse del aparato administrativo, aunque sea subrepticamente, bajo el pretexto de que los equipos de gobierno tienen la legitimación democrática para ello, es desconocer precisamente el verdadero perfil de la Administración democrática, que tiene que servir objetivamente a los intereses generales y que, en consecuencia, debe contar con la imparcialidad e independencia necesarias. Si socavamos la institución del empleo público con figuras como las del personal eventual, o con un acceso y provisión de puestos de trabajo contaminados por la confianza e idoneidad espurias, no hemos de extrañarnos que las reformas sirvan para poco, y que se generen nuevas desconfianzas.

Nadie duda de que cualquier reforma administrativa, para culminarla con éxito, tiene que contar necesariamente con el apoyo de los funcionarios, como una de las piezas fundamentales de este proceso. Al mismo tiempo, la actividad del empleado público se desarrolla en un contexto cambiante, nutrido de nuevos retos y desafíos que debemos afrontar en nuestra sociedad globalizada del aprendizaje y del conocimiento. Obviamente, dentro de la esfera de las entidades locales, las nuevas demandas y exigencias sociales provocan una profunda transformación a la hora de definir los roles específicos del funcionario.

Los planes de la reforma de los gobiernos locales y de los empleados públicos ya están en marcha, pero falta todavía por emprender el cambio de mentalidad de los responsables políticos locales y de los funcionarios, que no es algo que quepa hacer sólo a golpe de legislación. Podemos decir que una persona cambia de actitud, siguiendo a Marín Sánchez,³⁴ “cuando

33. A su vez, el artículo 6.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local dispone escuetamente que: “El Estatuto del personal de las entidades locales debe permitir una selección de calidad, fundamentada en los principios de mérito y capacidad; a este fin, debe reunir condiciones adecuadas de formación, remuneración y perspectivas de carrera.”

34. MARÍN SÁNCHEZ, M. “Las actitudes en las relaciones interpersonales”, en M. Marín Sánchez; R. Grau; S. Yubero, *Procesos psicosociales en los contextos educativos*, Pirámide, Madrid, 2002, p. 90-91.

no le vale para conseguir los objetivos que se propone, cuando no le sirve para adaptarse a la situación en la que se encuentra, bien porque se trate de una situación nueva o porque en una habitual han cambiado las circunstancias socioambientales y ha de desplegar otras conductas acordes para poder permanecer en el ambiente deseado”.

De todos modos, la reforma a la que nos referimos exige, muy en primer término, un replanteamiento de los puntos de vista y una revisión en profundidad de las fórmulas que hoy empleamos, lo que requiere un cambio en las actitudes del funcionario hacia su función y también de los responsables políticos. Es por ello por lo que, en particular, las actitudes y creencias de los funcionarios ante la reforma son factores importantes que, en gran parte, van a determinar el éxito de la misma, que, en todo caso, ha de partir de que la finalidad fundamental, desde el pleno respeto a los valores constitucionales, debe ser el dotar de mejores y más eficientes servicios a la sociedad, reforzar la legitimación de las instituciones desde la satisfacción de las demandas ciudadanas, que demanda un análisis estratégico de nuestras colectividades locales –equipos de gobierno y oposición– y la implicación del conjunto del personal, directivo y no directivo, buscando conectar con la percepción de los usuarios.

No puede admitirse un estado de cosas como el que señalaba la Comisión de Expertos, cuando constataba, entre otras cosas, la escasa consideración de los resultados y del desempeño en la carrera y en el sistema retributivo de los empleados, que han llevado, según dice,³⁵ “al desbordamiento de facto de las previsiones legales de obligado cumplimiento en la práctica administrativa”, eufemismo con el que se refleja una clara realidad de incumplimiento normativo, incompatible con un Estado social y democrático de derecho.

En las entidades locales, las modificaciones que ya están en vigor con el EBEP en materia de acceso al empleo público deben calificarse como positivas –salvo el baldón que supone el menor rigor en el acceso al empleo laboral, que, como hemos visto, tiene un alto porcentaje de efectivos en la Administración local, o la pervivencia del personal eventual–, y la mejora en el acceso, algo en lo que es preciso creer, poniendo en su práctica el mayor rigor, debe contribuir a configurar una imagen diferente de sus recursos humanos, más servicial, profesionalizada, imparcial y eficiente, pero no va a ser fácil evitar

que en el personal directivo profesional se reproduzca la pretensión de considerar que estos cargos –ahora bajo el pretexto de la idoneidad– deben una fidelidad singular a los equipos gobernantes.

El reto está servido con ocasión de las elecciones del día 27 de mayo de 2007 y podremos observar, por ejemplo, si los nombramientos de los directivos profesionales –designación dice el EBEP– se hacen siguiendo las previsiones del artículo 13 o, por el contrario, si se ponen excusas como la ausencia de desarrollo reglamentario por los gobiernos –en este caso, autonómicos–, lo que supondría burlar el espíritu del legislador, y la derogación que se ha producido en la selección del personal directivo en el caso de los municipios de gran población, en el título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y en el conjunto de las entidades locales por lo que se refiere a los directivos de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales, en virtud de la disposición derogatoria única, letra g), del EBEP, que afecta a todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el Estatuto, ya que precisamente la modificación parlamentaria que se introdujo en el proyecto, consistente en que en lugar de ser las leyes de función pública las que desarrollaran esta figura fuesen los reglamentos del Gobierno central y de los autonómicos, tenía por objeto evitar que se demorase la aplicación del EBEP, no pudiendo servir de coartada su disposición final cuarta, apartado 3, que mantiene subsistentes las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos, porque no pueden considerarse normas de gestión de personal la selección de este personal directivo.

Asimismo, las sociedades del sector público local también van a suponer un test para nuestras entidades locales, acostumbradas a una selección de su personal laboral en la que los principios constitucionales de acceso al empleo público han brillado por su ausencia en la mayoría de las ocasiones. El hecho de que la disposición adicional primera del EBEP establezca que los principios rectores de acceso al empleo público son aplicables³⁶ a las entidades del sector local tiene que empezar a dar sus frutos, porque el EBEP ha ido más allá incluso –lo que nos parece plausible– de lo que proponía la Comisión de Expertos, que distinguía entre sociedades con finalidad puramente mercantil –en las que sugería que se hiciese³⁷ “alguna alusión general a la observancia de

35. Véase la página 13.

36. El añadido de “que estén definidas así en su normativa específica” que se contiene en la disposición adicional primera del EBEP no debe suponer que por el hecho de que no se las califique a estas

entidades expresamente como sector local dejen de serlo si reúnen los requisitos de ser controladas, financiadas o designados sus órganos de gobierno por las entidades locales.

37. *Ídem*, p. 30.

principios de publicidad e igualdad en la contratación de personal”, lo que no sabemos muy bien qué es lo que quería significar con ello y si hubiera podido llegar a tener alguna virtualidad en el terreno práctico, ya que no se planteaba la oportuna propuesta–, y las dedicadas al ejercicio de funciones intrínsecamente administrativas, a las que sí se aplicarían los principios y reglas comunes del Estatuto que regule el empleo público. Pues bien, el personal directivo y no directivo de estas sociedades deben entrar por la senda de la selección ajustada a la Constitución.

Al mismo tiempo, las entidades locales deben hacer un esfuerzo para estar a la altura de los requerimientos que, en materia de empleo público, se derivan del EBEP, y, si tenemos en cuenta el minifundismo municipal –piénsese, en el caso de Aragón, que la quinta parte de sus municipios no alcanza los cien habitantes–, comprenderemos la dificultad de una gestión profesionalizada de los recursos humanos, del acceso y provisión de sus puestos de trabajo, de la negociación de las condiciones de empleo, de la evaluación del desempeño, de la equidad externa e interna en materia retributiva..., por lo que se deberían desarrollar acciones formativas desde las administraciones públicas e impulsar las labores de asistencia de las diputaciones provinciales³⁸ y otras entidades supramunicipales, que consideramos imprescindibles con el actual mapa municipal.

La selección de los empleados públicos, la formación continua, la provisión de puestos de trabajo, así como la evaluación del desempeño, deben tener presente, por otro lado, la dimensión, dentro de la multifactorialidad de la inteligencia, de la inteligencia emocional,³⁹ que ha supuesto un paso adelante en los llamados *avances culturales* del hombre hacia la libertad psicológica, como señala Zaccagnini,⁴⁰ “estar en un determinado estado emocional puede suponer que nos sintamos impulsados a realizar determinada conducta o, por el contrario, puede suponer un bloqueo conductual”, con intensidad o duración mayor o menor, lo que traducido al terreno de las administraciones públicas puede implicar, ni más ni menos, el éxito o el fracaso de las políticas públicas que se pretendan desarrollar.

Otro aspecto que deberán contemplar adecuadamente las entidades locales es el de la inseguridad jurídica que resulta de la aparición de una nueva norma, como el EBEP, con un sistema de fuentes que

fuerza la interiorización autonómica del empleo público de las entidades locales en mayor grado que hasta la actualidad, según apuntábamos al comienzo de este trabajo, y que crea dificultades en diferente grado según la comunidad autónoma de que se trate.

Es ilustrativo de ello el simple ejemplo de la licencia por matrimonio, prevista en el artículo 71 de la Ley de funcionarios civiles del Estado, de 1964, precepto derogado expresamente por el EBEP, y que el MAP, sin embargo, considera en vigor desde su página web oficial, con apoyo en la disposición final cuarta, punto 3, del EBEP, que dispone que hasta que se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto. Digamos al respecto, que la ordenación de la actividad profesional se contempla en el título V del EBEP, que lleva precisamente tal enunciado, y cuyo capítulo I trata de la planificación de recursos humanos, pero la dificultad viene a partir de qué se ha de entender por “gestión” de recursos humanos, que no aparece individualizada como tal en ningún título o capítulo del EBEP, y que a lo largo de la exposición de motivos y del articulado se desprende que no estamos ante un título de ordenación sino ante la mera aplicación de las normas, con lo que no puede servir de cobertura, como pretende el Ministerio, para resucitar preceptos derogados expresamente por el propio EBEP. La pura necesidad obliga a ese tipo de interpretaciones artificiosas que en las comunidades autónomas con regulación específica pueden tener resuelto este problema derivado de la derogación del citado artículo 71, si tienen establecida una regulación propia, al no aparecer ahora en el EBEP, pero que evidencia un comienzo dificultoso en la andadura del EBEP.

Como recordaba la Comisión de Expertos, partiendo del mandato contenido en el artículo 40.2 de la Constitución española, de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales, y en el artículo 35.1, también de la Carta Magna, al reconocer el derecho al trabajo y a la promoción profesional, hay que destacar los importantes fondos destinados a la formación continua en las administraciones públicas, que tienen ahora el reto de optimizar su utilización, conectando las actividades de for-

38. La Comisión de Expertos destaca en esta materia el papel de las diputaciones –página 127– para suplir las deficiencias del pequeño municipio.

39. Véase a SERRANO PASCUAL, A.; TERUEL MELERO, M.^ª P. “La dimensión afectivo-emocional en el empleo público de las entidades locales”, QDL, 8, p. 149-161.

40. ZACCAGNINI SANCHO, J. L. *Qué es inteligencia emocional. La relación entre pensamientos y sentimientos en la vida cotidiana*, Biblioteca Nueva, 2004, p. 89.

mación con la planificación estratégica de los recursos humanos, con los diseños de las carreras profesionales y con las tareas reales de los empleados públicos. El Informe decía –página 114– que la formación constituye un factor relevante para incrementar la productividad de cada empleado público y de la organización en su conjunto, y que es esencial para alcanzar los niveles de competitividad a que se debe aspirar, y no sólo contribuye a la mejor calidad del trabajo desarrollado, sino que sirve como instrumento de motivación y compromiso del personal, de difusión de cultura y valores, de progreso personal y profesional, y de transmisión y conservación del conocimiento, influyendo en el mejor desempeño y en la eficiencia de los entes públicos.

De la misma manera, las acciones formativas programadas dentro de los planes de formación también tendrían que tener una metodología pedagógica adecuada, superando la tradicional visión de la clase magistral, con la idea de intentar mantener al alumno activo mediante el intercambio de opiniones y exposiciones orales, la realización de trabajos en los que tenga que documentarse con sus propias fuentes y pensar que lo que aprende en clase es vital y de un especial interés para su práctica laboral.

Por otra parte, ni el Informe de la Comisión de Expertos, antes, ni el EBEP, ahora, se ocupan de los agentes estresores en el empleo público, como sucede con los de carácter físico –ruidos, iluminación, temperatura, espacio, higiene, utilización de equipos informáticos...–; o los derivados de las características del trabajo –turnos, nocturnidad, temporalidad, excesos de trabajo...–, o del contenido del propio puesto de trabajo de los empleados públicos y de los cambios acelerados que se suceden, sin percatarse, por lo tanto, de que, como señala Peiró,⁴¹ “Una característica que puede producir estrés, o por el contrario bienestar psicológico, es el grado en que un ambiente laboral permite al individuo controlar las actividades a realizar y los eventos”. La salud laboral, en sentido amplio, y la detección de los estresores propios del ámbito del empleo público, y muy singularmente de la carrera administrativa mediatizada por la provisión de puestos a través de la libre designación, deberían haber exigido una mínima atención

en el estudio que ahora analizamos, aunque lamentablemente no ha sucedido así.

A pesar de que la Organización Internacional del Trabajo ha reconocido que el entorno laboral puede ser un agente capaz de deteriorar la salud de las personas durante el desempeño de su trabajo, y la aparición de fenómenos como el síndrome de quemarse por el trabajo (*burnout*) o SQT, también se desconoce en el EBEP que, como señala Gil-Monte,⁴² “en la actualidad resulta necesario considerar los aspectos de bienestar y salud laboral a la hora de evaluar la eficacia de una determinada organización, pues la calidad de vida laboral y el estado de salud física y mental que conlleva tiene repercusiones sobre la organización.”

Este mismo autor⁴³ sigue diciendo que entre los procedimientos propuestos para prevenir el SQT desde el nivel organizacional se encuentran “el rediseño de tareas, la claridad en los procesos de toma de decisiones, mejorar la supervisión, establecer objetivos claros para los roles profesionales, establecer líneas claras de autoridad, mejorar las redes de comunicación organizacional, mejorar las condiciones de trabajo, mejoras del sistema de recompensas, promoción de los profesionales siguiendo criterios claros y equitativos, participación en la toma de decisiones, mejorar la autonomía, promover reuniones multidisciplinares con carácter periódico, la formación de grupos de trabajo, la flexibilidad laboral”. Pues bien, sobre todos estos aspectos citados, observamos cómo en el Estatuto básico del empleado público se guarda silencio, incluso sobre el teletrabajo –a pesar de que el MAP ha anunciado su próximo desarrollo–, y como vemos, pues, la tarea de las entidades locales también es necesaria en este terreno.

Una cierta disfunción, por otro lado, se produce con el EBEP por mor de la previsión contenida en su artículo 87.3 al disponer que aquellos funcionarios que provenientes de la situación de servicios especiales reingresen al servicio activo –aludiendo expresamente a altos cargos, miembros del Poder Judicial, órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, presidentes de diputaciones o de cabildos o consejos insulares, diputados o senadores de las Cortes Generales y miembros de las asambleas legis-

41. PEIRÓ, J. M.^º. *Desencadenantes del estrés laboral*, Psicología Pirámide, Madrid, 2005, p. 45 y 61.

42. GIL-MONTE, P. R. *El síndrome de quemarse por el trabajo (burnout). Una enfermedad laboral en la sociedad del bienestar*, Psicología Pirámide, Madrid, 2005, p. 20. Este autor, página 35, distingue el *burnout* del *mobbing* o acoso psicológico, carente de toda ética, aplicado a “situaciones grupales en las que un sujeto es sometido a persecución, agravio o presión psicológica por uno o varios miembros del grupo al que pertenece con la complicidad o aquies-

cencia del resto [...]. El acoso psicológico es una fuente de estrés laboral originado por un conflicto interpersonal asimétrico en el que una de las partes (acosado) no tiene poder alguno sobre la otra parte (acosador)”. El *burnout*, en cambio, “es una respuesta al estrés laboral crónico, que se desarrolla cuando fallan las estrategias de afrontamiento que el individuo utiliza para manejar las situaciones de estrés”.

43. *Op. cit.*, p. 151.

lativas de las comunidades autónomas–, recibirán, como mínimo, el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido directores generales y otros cargos superiores de la correspondiente administración pública.⁴⁴

En efecto, a pesar de que estamos ante una previsión que afecta al conjunto de las administraciones públicas, y que debe ser censurada porque supone un trato de favor y una interferencia del ámbito selectivo en el electivo, ajena a los valores constitucionales, en el caso de las entidades locales y, de una manera más acusada en las entidades locales de pequeña dimensión, va a suponer una distorsión y un portillo de agravios en el sistema de carrera profesional de todo punto injustificado y, además, de difícil aplicación práctica, porque estas pequeñas e incluso medianas entidades locales carecen en su estructura de personal de directores generales o cargos superiores, a que se hace referencia en el EBEP, de forma que la única solución será la de buscar la equivalencia en la correspondiente comunidad autónoma.

El EBEP ha entrado en vigor y ahora comienza el camino de su aplicación y la puesta en práctica de todas sus potencialidades. Como señaló Crozier, *on ne change pas la société par Décret*, y, en este sentido, no es suficiente su conjunto de preceptos para operar una transformación como la que precisa el empleo público si no va acompañada de la motivación y la ilusión de sus destinatarios, el conjunto de los servidores públicos, si no se desarrollan los instrumentos necesarios para que el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo, la evaluación del desempeño, la carrera profesional, la política retributiva o la formación continua sean rigurosos y creíbles. Los gobernantes tienen, pues, una gran responsabilidad a partir de ahora. ■

44. La STC 32/2000 consideró ajustada a la Constitución esta carga para las administraciones en que se reingresaba tras su paso por la situación de servicios especiales.

Nuevo sistema de atribución y defensa competencial de las entidades locales

1. Alcance constitucional de la autonomía local.
 - 1.1. El carácter bifronte del régimen local. 1.2. El papel del Estado en la definición del régimen local. 1.3. Relación especial entre las bases de las administraciones públicas y la garantía institucional de la Administración local.
2. Sistema de atribución competencial de la Ley 7/1985 (LBRL).
 - 2.1. La cláusula de remisión, artículos 2 y 25.2 de la LBRL. 2.2. Los servicios mínimos y las actividades o servicios esenciales. 2.3. Competencias delegadas. 2.4. Actividades complementarias. 2.5. La LBRL como técnica de remisión normativa a las leyes básicas.
3. La LBRL como canon de constitucionalidad.
 - 3.1. El éxito de la LBRL. 3.2. Revisión de la doctrina constitucional de la LBRL por la STC 240/2006. 3.3. Revisión de la LBRL como canon de la ley autonómica. 3.4. Títulos legislativos del Estado en régimen local.
4. Crítica y crisis del modelo de atribución de la Ley 7/1985.
 - 4.1. Los problemas de un sistema negativo de atribución de competencias locales.
 - 4.2. Vaciado de competencias. 4.3. Nuevas propuestas doctrinales.
5. Nuevo sistema de atribución de competencias.
 - 5.1. La atribución de competencia en los nuevos estatutos. 5.2. Nueva Ley de bases de régimen local. 5.3. Poder normativo autónomo. 5.4. Cambio de cultura política.
 - 5.5. Cláusula general de competencias.
6. Principios competenciales.
 - 6.1. Subsidiariedad. 6.2. Diversidad, flexibilidad y supletoriedad. 6.3. Principio de proporcionalidad.
7. Conclusiones y régimen de garantías.
 - 7.1. Garantías de suficiencia financiera para el ejercicio de las competencias. 7.2. Necesaria revisión de la doctrina constitucional de la autonomía local.

Casimiro López García
Interventor-tesorero de Administración local.
Letrado adjunto del Ayuntamiento
de Torrelavega

En los últimos años, una buena parte de la doctrina administrativista, en un proceso similar al acaecido en Alemania en décadas anteriores, ha denunciado más que un proceso de vaciamiento de competencias locales, una situación de estancamiento en la descentralización administrativa a favor de los ayuntamientos en particular y de los entes locales en general del Estado de las autonomías. En este sentido, las últimas reformas de los estatutos de autonomía nos han traído un Estado tan descentralizado o más que el modelo federal, y una serie de problemas en materia de soberanía, con unas comunidades ahora ya reconocidas como naciones históricas, pero no han supuesto avance alguno en materia de descentralización local, que además tiene que afrontar una matización de la doctrina constitucional sobre la Ley 7/1985, de bases del régimen local, como canon de constitucionalidad, que pone en cuestión su sistema diferido de atribución competencial, más allá de aquellos pocos aspectos y materias directamente relacionados con el artículo 137 de la Constitución española.

Las propuestas doctrinales previas para una segunda descentralización, promovidas entre otros por el profesor Font i Llovet, a favor de los entes locales, se basan en la superación del modelo de atribución competencial diseñado por la Ley 7/1985, fundado en la remisión normativa, para establecer un modelo de atribución directa de competencias, acompañado de un proceso general de delegación, que tiene su fundamento filosófico jurídico en el principio de subsidiariedad con sus complementarios de proximidad y eficacia, que pasarían de ser principios fundamentales del Derecho comunitario originario, y principios estructurales de la Carta Europea de la Autonomía Local, a los textos de los estatutos de autonomía y a una nueva Ley de bases de régimen local, para fundamentar un poder normativo local originario general, similar al autorizado por el Tribunal Constitucional en materia de ordenanzas fiscales y de ordenanzas sancionadoras en asuntos de interés y tradicional raigambre local.

Esta pretendida segunda descentralización, que culminará los procesos abiertos por las modificaciones de abril de 1999 y por la Ley 57/2003, de grandes ciudades, se asume por los partidos políticos que firman la declaración de Vitoria, y por el propio Gobierno de España, que redacta un *Libro blanco para la reforma del gobierno local* en julio de 2005, que asume todas las propuestas doctrinales y culmina en un anteproyecto de nueva Ley de bases, que no se ha remitido al Congreso de los Diputados. Esta paralización, junto con la decepción que han supuesto los nuevos estatutos de autonomía

—más preocupados por acrecentar su poder y por asumir todas las competencias en materia de régimen local que por una segunda descentralización— ha dejado en suspenso una vez más esta deseada descentralización local, que pretende acercar la gestión de una parte importante de los asuntos al común de los ciudadanos. Lo que, al menos, permite formular nuevas propuestas sobre el contenido y alcance que debe tener una nueva Ley de bases del régimen local, y sobre las necesarias reformas estructurales del mundo local, que junto con una reforma del sistema de reparto de los grandes impuestos, haga posible la pretendida segunda descentralización.

1. Alcance constitucional de la autonomía local

El constituyente proclama la autonomía de los municipios y provincias en el artículo 137 de la Constitución española de 1978 (CE), pero no acompaña un listado de materias en las que ejercer las competencias propias y diferenciadas que tal autonomía implica, sin que el resto de las referencias constitucionales a los entes locales que aparecen dispersas por el resto del texto —artículos 143, 144, 146 y 151 y de las disposiciones transitorias 1, 3, 4 y 5— ayuden a identificar el posible contenido de esa autonomía *para la gestión de los intereses locales*; salvo las referencias expresas a la potestad tributaria (artículo 133.2), que atribuye indirectamente competencia legislativa para establecer sus propios tributos y se corresponde directamente con el principio democrático del artículo 140 de la CE, no existen más alusiones. La regulación constitucional de los entes locales está caracterizada por el principio de autonomía para la gestión de sus intereses, inescindible del principio democrático que rige la constitución y el gobierno de los municipios.

En el fondo, toda la arquitectura constitucional del régimen local está presidida por el principio democrático. La autonomía, configurada como autogobierno de las correspondientes colectividades en los artículos 140 a 142 de la CE, es un atributo del principio democrático que rige la constitución de los municipios, su gobierno y administración (artículo 140 de la CE), que se regirán por concejales elegidos por sufragio universal y por el sistema proporcional, quedando la definición de su contenido y alcance competencial a merced de lo dispuesto en las leyes. La eficacia reforzada propia de la previsión constitucional de la autonomía local —añade el profesor Parejo Alfonso en el desarrollo de sus tesis sobre la garantía institucional de la Administración local en la Consti-

1. Luciano PAREJO ALFONSO, REALA, 229, enero-marzo de 1986: como tal, goza de la eficacia inmediata y trascendente a la totalidad del ordenamiento jurídico propia de los principios generales del

Derecho y que está claramente conectado —en un sistema con distribución horizontal del poder, según diseño de los artículos 1 y 2 de la Constitución— con el pluralismo político, es decir, con uno de los

tución española—¹ “consiste técnicamente en la garantía objetiva de la presencia y la actualización permanente de la institución en el ordenamiento del Estado en su conjunto, es decir, en una garantía institucional”, en la forma y manera en que se definió para el reconocimiento y defensa de la autonomía local en el artículo 127² de la Constitución alemana de Weimar, de 11 de agosto de 1919, que reconoció el derecho de los ayuntamientos a la autonomía dentro de los límites de las leyes, sin establecer limitación o cortapisa. Para superar esta dificultad, Carl Schmitt formulará la teoría de las garantías institucionales de la Constitución. Doctrina que se asumirá por el Tribunal Constitucional alemán de la época y por el actual en su interpretación del artículo 28 de la vigente Constitución Federal en el caso “Offenbach am Main”, de 29 de marzo de 1952, para establecer que: “aunque el artículo 28 C está incluido en el capítulo II: ‘La Federación y los *Länder*’, en él deberá garantizarse a los municipios el derecho a la autonomía con una amplitud similar a como lo había sido en el artículo 127 de la Constitución de Weimar, que ésta había colocado entre los derechos fundamentales.” La teoría se mantiene viva también en la doctrina que identifica tres notas o elementos esenciales:³ una garantía subjetiva de permanencia de la institución en términos reconocibles, una garantía objetiva presidida por la cláusula de competencia general para gestionar todos los asuntos de interés de la comunidad, bajo su propia responsabilidad, libre de toda instrucción o mandato de las administraciones superiores, sólo sometida a controles de legalidad, para cuyo ejercicio el ordenamiento ha de reconocer las correspondientes potestades administrativas, por último, la garantía institucional se traduce en una garantía reaccional de las entidades locales frente a los eventuales ataques a su existencia o al alcance de sus competencias y potestades.

valores superiores del ordenamiento constitucional, directamente entroncado a la caracterización esencial del Estado como social y democrático de derecho y, por tanto, a la filosofía última o nuclear de dicho orden.

2. La Constitución puede otorgar una protección especial a determinadas instituciones con el fin de hacer imposible su supresión por el legislador. El artículo 127 de la Constitución de Weimar, al consagrar el derecho a la autonomía de municipios y regiones, lo que garantiza en realidad era la propia institución y todas las leyes que por su contenido material la supriman o la priven de su contenido esencial son inconstitucionales.

3. La garantía institucional es una técnica que permite proteger a ciertas instituciones a las que se considera como componentes esenciales de la organización jurídico-política y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales. Como la configuración concreta de la institución se remite al legislador ordinario, la protección que se le debe dar, con ayuda de esta técnica, se dirige a preservar la autonomía frente al propio

El concepto doctrinal de la autonomía territorial de las entidades locales no estará completo hasta su conexión con el principio democrático y, por ende, hasta el reconocimiento de su naturaleza esencialmente política. Será la doctrina italiana, S. M. Giannini, en su manual de *Diritto Amministrativo* (volumen 1, Milán, 1970), la que ponga de manifiesto tanto el carácter normativo de la autonomía local para formular un ordenamiento jurídico derivado,⁴ como su caracterización de autonomía política para orientar y dirigir a la comunidad, en el sentido de posesión de una potestad propia de orientación política que puede oponerse a la del propio Estado. Será la conexión autonomía-principio democrático el verdadero garante de la intervención de las corporaciones locales en cuantos asuntos les afecten. La Carta Europea de la Autonomía Local lo expresa en su artículo 3.1: “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las corporaciones locales de regular y gestionar [...] una parte importante de los asuntos públicos.”⁵ La autonomía local como expresión del principio democrático es un límite al poder de conformación del Estado y de las comunidades autónomas, que nunca podrán dictar directrices o instrucciones sobre las mismas. En nuestro caso, la doctrina del Tribunal Constitucional recibirá directa e inmediatamente la teoría de la garantía institucional de las entidades locales en las STC de 2 de febrero y de 28 de julio de 1981, que, por contraposición a la autonomía de las comunidades autónomas, inicialmente, califican expresamente de administrativa a la autonomía local. Su configuración como verdadera autonomía política con similar naturaleza que las comunidades autónomas, se recibirá por esta doctrina, a partir de las STC 179/1985 y 19/1987, consolidándose con la ratificación de la Carta Europea de la Autonomía Local.

legislador, a quien se otorga un amplio margen de conformación que utilizará correctamente, es decir, sin violentar el texto constitucional, siempre que mantenga la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar. Esa imagen se identifica con el reducto indisponible por el legislador: es por ello el núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Este núcleo esencial se viola cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre, es decir, que la única interdicción claramente discernible es 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 la aplicación que de las mismas se hace.

4. Santi ROMANO es el autor de la teoría del ordenamiento jurídico en *Corso de Diritto Amministrativo*, Padova, 1930.

5. “*Einen wesentlichen Teil*”, en la traducción alemana; “*a substantial share*”, en la inglesa.

1.1. El carácter bifronte del régimen local

El concepto de garantía institucional de la Administración local que se asume por el Tribunal Constitucional español, como recuerda el profesor Francisco Sosa Wagner,⁶ está tomado directamente de su homólogo alemán y tampoco incluye un listado de competencias mínimas garantizadas, sino que su contenido y la concreta definición de su ser y de sus actividades y servicios queda al albur de lo que se establezca en cada caso por las leyes del Estado o de las comunidades autónomas, según la distribución constitucional de competencias. La autonomía local se define así por el Tribunal Constitucional, en contra de la expresa pretensión de las comunidades autónomas,⁷ desde la sentencia 32/1981 por el carácter bifronte del régimen jurídico de las entidades locales, en el sentido de ser resultado de una actividad concurrente del Estado y de las comunidades autónomas. La STC de 23 de diciembre de 1982 clarifica y define una doctrina, por el momento, no matizada y plenamente vigente: “Este carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales, 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 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, y si bien el grado de autonomía que es propio de las comunidades autónomas les otorga potencialmente un poder político y administrativo sobre los municipios y provincias que se incluyen en su territorio, éstas y aquéllos no desaparecen ni se convierten en meras divisiones territoriales para los fines de la comunidad, aunque puedan cumplir también esta función.”⁸

La doctrina constitucional española, al mismo tiempo que recibe la teoría de la garantía institucional de la Administración local,⁹ se aparta desde el principio de un pretendido concepto “federal” de nuestra Constitución en materia de régimen local, que no está

entregado aquí a los estados o *Länder*, que en Alemania lo interiorizan por completo, sin que exista un mínimo común por definir a cargo del Estado federal; por el contrario, el Tribunal Constitucional español concibe el régimen local como un sistema derivado, de acuerdo con el esquema constitucional de distribución de competencias, en el que la ley será el eje de su configuración y detalle. En el entendido que existe así una obligación constitucional de permanencia de la institución en términos reconocibles, pero no una garantía de contenido mínimo. Existe un acuerdo general –doctrinal y político– sobre la existencia de un amplio margen de discrecionalidad en su configuración, si bien es cierto que el acuerdo desaparece cuando se trata de repartir las competencias para su definición.

1.2. El papel del Estado en la definición del régimen local

Si la primera doctrina constitucional predica un régimen local bifronte, alejado de los postulados y fórmulas del Estado federal, en el que los municipios y las provincias, como entes dotados de plena personalidad jurídica propia y de autonomía para la gestión de sus intereses, actúan bajo un gobierno democrático –artículos 137, 140 y 141 de la Constitución española de 1978–, resultaba absolutamente necesario y obligado definir el papel y el alcance del Estado en la regulación del régimen local. El Tribunal Constitucional entenderá en la misma sentencia que le corresponde al Estado, por la directa relación que existe entre la garantía institucional de la Administración local y el concepto de bases de las administraciones públicas del artículo 149.1.18, la definición y el establecimiento de un régimen local y básico de general aplicación, STC 32/81, F 3:

“La Constitución es la norma suprema del Estado como totalidad y que, en consecuencia, sus principios obligan por igual a todas las organizaciones que forman parte de esa totalidad. Sentado esto, es a primera vista evidente que la larga enumeración de competencias exclusivas del Estado (en el sentido más restringido del término) que hace el apartado

6. FRANCISCO SOSA WAGNER, “La autonomía local”, REALA, 240, octubre-diciembre de 1988.

7. STC 32/1981, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Generalidad de Cataluña 6/1980, de 17 de diciembre, por la que se regula la “Transferencia urgente y plena de las diputaciones catalanas a la Generalidad”, que argumentaba en su defensa: “en materia de régimen local, el artículo 149.1.18 de la CE sólo tiene el propósito de garantizar a los administrados un tratamiento común entre las administraciones públicas utilizando una acepción estricta de dicho concepto, como lo prueba una interpretación sistemática del Estatuto catalán, y la inveterada práctica normativa, quedando la restante

materia del ámbito de la Administración local a la potestad legislativa, reglamentaria, ejecutiva y de inspección de la Generalidad. En fin, el artículo 148 de la CE en su conjunto y en su detalle se refiere exclusivamente a las comunidades autónomas con autonomía no plena y, por tanto, es inaplicable a las comunidades históricas entre las que se encuentra la catalana.”

8. STC 84/1982 (FJ 4).

9. Teoría formulada por Carl Schmitt para la defensa de los derechos fundamentales en la Constitución alemana de la República de Weimar de 1919, asumida por la Constitución Federal de 1949 y vigente en su doctrina constitucional.

primero del artículo 149 de la Constitución está construida por referencia a materias o actividades concretas del poder respecto de determinados fines sociales *con la única y notable excepción precisamente del párrafo 18, en la que la referencia es justamente a una acción por así decir reflexiva del Estado, esto es, a la que el mismo lleva a cabo en relación con el aparato administrativo que constituye su instrumento normal de actuación. Esta peculiaridad es importante ya que entronca con el tema de la garantía constitucional de que antes tratábamos.* Como titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada, las comunidades locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada comunidad autónoma pueda hacer de ese derecho, tanto más cuanto que el mismo no va acompañado, como en otros ordenamientos sucede, de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de ley.”

Para el Tribunal Constitucional, el régimen local no puede ser tratado como una materia evanescente, disgregada en una pluralidad de asuntos sometidos a un régimen competencial diversificado como pretendían las comunidades autónomas, sino una materia con perfiles propios que, por imperativo de la garantía institucional de la autonomía local en relación con el artículo 149.1.18, contempla lo relativo a las competencias de los entes locales. Este carácter bifronte está indudablemente relacionado con el concepto de autonomía local que maneja nuestra Constitución, dado que la capacidad de decidir libremente entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente político –STC 19/1987, de 9 de diciembre, FJ 4–,¹⁰ estará determinada por las decisiones del legislador estatal o autonómico, en función del concreto reparto de competencias entre ambas instancias, si bien sus decisiones evidentemente han de reconocer la participación local, utilizando para ello los parámetros proporcionados por la relevancia del interés local así como la necesidad de que la autonomía local no se vea reducida hasta límites que dificulten su identificación.

10. Los ayuntamientos, como corporaciones representativas que son (artículo 140 de la Constitución), pueden, ciertamente, hacer realidad, mediante sus acuerdos, la autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios, que es uno de los principios que late en la formación histórica –y en el reconocimiento actual, en nuestro ordenamiento– de la regla según la cual deben ser los representantes quienes establezcan los elementos esenciales para la determinación de la obligación tributaria.

11. STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5: “El núm. 18 del artículo 149.1 de la Constitución, a diferencia de los demás apartados del mismo

1.3. Relación especial entre las bases de las administraciones públicas y la garantía institucional de la Administración local

La consideración bifronte del régimen local constituye la esencia de la doctrina constitucional en la materia, y explica por sí sola la posición del Tribunal Constitucional desde el inicio de su actividad, favorable a atribuir al Estado el primer y directo desarrollo normativo de los mandatos constitucionales relativos a la garantía institucional o constitucional de las entidades locales; a estos efectos, el Tribunal Constitucional entenderá que existe una relación directa entre esta competencia legislativa del Estado y la garantía institucional de la Administración local que, con carácter general, inspira y preside el sistema de atribución de competencias y de controles legales que articula la LRBL. La STC 32/1981, FJ 5, es sobradamente expresiva:

“como titulares de un derecho de autonomía constitucional garantizada, las comunidades locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada comunidad autónoma pueda hacer de ese derecho.”

Para el Tribunal, la “garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado” y, por ende, le corresponde a éste la fijación de principios o criterios básicos en materia de su organización y competencias. Junto con ese título habilitante, el Tribunal Constitucional entenderá que, en virtud de la competencia que atribuye el artículo 149.1.18 de la CE, relativo a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas –entendido éste como una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación dictada en ejercicio de la competencia estatal ex artículo 149.1.18 de la Constitución–, le corresponde también al Estado determinar un modelo local común que comprenda tanto la vertiente subjetiva o de construcción institucional de los entes locales, como la objetiva para determinar las competencias atribuidas a los entes locales, así como la regulación de las relaciones de éstos con otras entidades públicas y los controles de legalidad constitucionalmente legítimos.¹¹

artículo, hace referencia “a una acción por así decir reflexiva del Estado (en el sentido más amplio del término), esto es, a la que el mismo lleva a cabo en relación con el aparato administrativo que constituye su instrumento normal de actuación”, añadiendo que “esta peculiaridad es importante, ya que entronca con el tema de la garantía institucional”, de lo cual deduciría que corresponde al Estado la competencia para establecer las bases no sólo en relación con los aspectos organizativos o institucionales, sino también en relación con las competencias de los entes locales constitucionalmente necesarios.

Esta doctrina constitucional sobre distribución de competencias en materia de régimen local, que asigna al legislador estatal la competencia para la fijación de los principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, de forma tal que no impida un desarrollo propio por las comunidades autónomas, se consolida en las STC 25/1983 (FJ 4); STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 19 y 38), 27/1987, de 27 de febrero (FJ 2), y 99/1987, FJ 2.b), pasa por entender que el concepto mismo de “bases del régimen jurídico de las administraciones públicas” engloba a las administraciones locales y, a la postre, promoverá y justificará la Ley 7/1985, de 2 de abril (LBRL) que, contra la previsión inicial de limitarse a las líneas estructurales, competenciales y de relación con el resto de las administraciones, establece una regulación estatal completa y extensa¹² del régimen local no bien recibida por las comunidades autónomas, que se sintieron excluidas y sin espacio normativo propio en una materia que siempre han entendido de su competencia. Hasta tal punto es así que las comunidades históricas formularán sendos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que, salvo lo dispuesto para el Reglamento orgánico en los artículos 20 y 32 de la Ley –de preferente aplicación sobre la legislación autonómica en la redacción original de la LBRL–, la STC 214/1989,¹³ los desestimarán y declarará la plena conformidad de la regulación completa de la Ley 7/1985 con la CE.

2. Sistema de atribución competencial de la Ley 7/1985 (LBRL)

2.1. La cláusula de remisión, artículos 2 y 25.2 de la LBRL

Para dar efectividad a la autonomía constitucional de la Administración local del artículo 137 de la CE, de acuerdo y en aplicación de la teoría de la garantía institucional de la Administración local, el artículo 2 de

la Ley 7/1985 (LBRL), concreta el alcance de la garantía constitucional de la autonomía local con una referencia al ámbito competencial de los entes locales. La Ley sigue al pie de la letra la doctrina constitucional (sentencia 32/1981), “la garantía constitucional (de la autonomía local) es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado”, correspondiendo al Estado “la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia” de las entidades locales constitucionalmente necesarias.¹⁴ En su cumplimiento, el artículo 2.1 de la LBRL establece un mandato directo a la legislación sectorial del Estado y de las comunidades autónomas para que, según la distribución material de competencias, aseguren el derecho de los ayuntamientos, provincias e islas a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente a su círculo de intereses, *atribuyéndoles competencias en función de la actividad pública de que se trate y de la capacidad de gestión de las respectivas entidades, de acuerdo con los principios de descentralización y de proximidad a los ciudadanos.*¹⁵ La Ley asume explícitamente la teoría de la garantía institucional de la Administración local, tal como fuera formulada por Carl Schmitt sobre el artículo 129 de la constitución de Weimar, e introducida en España fundamentalmente por los profesores Sosa Wagner y Parejo Alfonso.¹⁶

El Tribunal Constitucional validará la fórmula de atribución de competencias al legislador estatal de la Ley 7/1985 en la sentencia 214/1989, al entender que se trata de un procedimiento plenamente ajustado a la CE, sin que exista extralimitación por parte del Estado a la hora de establecer las “bases”: se mantiene y conjuga, en efecto, un adecuado equilibrio en el *ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competenciales* que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, ya que no se descende a la fijación detallada de tales competencias, pues el propio Estado no dispone de todas

12. Se habla de la densidad normativa de las bases del régimen local.

13. Esta posición del Tribunal Constitucional, vinculando el artículo 149.1.18 con la garantía institucional, ha producido, a juicio de Trujillo Pérez, una modulación consistente en el ensanchamiento de la competencia estatal relacionada con los entes locales.

14. F. SOSA WAGNER, “La autonomía local”, REALA, 240, octubre-diciembre de 1988.

15. “Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las comunidades autónomas reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, 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.”

16. Luciano PAREJO ALFONSO, REALA, 229, enero-marzo de 1986: como tal, goza de la eficacia inmediata y trascendente a la totalidad del ordenamiento jurídico propia de los principios generales del Derecho y que está claramente conectado –en un sistema con distribución horizontal del poder, según diseño de los artículos 1 y 2 de la Constitución– con el pluralismo político, es decir, con uno de los valores superiores del ordenamiento constitucional, directamente entroncado a la caracterización esencial del Estado como social y democrático de derecho y, por tanto, a la filosofía última o nuclear de dicho orden.

ellas.¹⁷ Asume así el Tribunal Constitucional la teoría de la función constitucional de las normas básicas, supraordenadas al resto del ordenamiento en cuanto cumplen una función constitucional directa y expresa,¹⁸ que aquí se traduce en atribución efectiva de competencias. Quedando obligadas las comunidades autónomas a realizar esas operaciones de concreción que impone el artículo 2.1 de la LBRL, de acuerdo con los criterios de una remisión normativa, al quedar deferida al legislador competente por razón de la materia la descentralización y proximidad a los ciudadanos –lo que no es más que un trasunto del artículo 9.2 de la CE– en las materias que se relacionan en los artículos 25.2, 26 y 36 de la misma Ley. El sistema se completa con la denominada *cláusula universal de competencia* del artículo 25.1: “el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”,¹⁹ que para la mayoría de la doctrina no atribuye competencia alguna al referirse al ámbito de sus propias competencias. De tal manera que la denominada iniciativa universal queda referida al listado de materias que figura en el número 2 del mismo artículo 25²⁰ (seguridad, protección civil, tráfico, urbanismo, medio ambiente, abastos, cementerios, servicios sociales, deportivos y culturales, servicios básicos de abastecimiento de agua y recogida de basuras, transporte, ferias y mercados), que curiosamente coinciden con las materias que el artículo 148.1 de la CE atribuye en exclusiva a las comunidades autónomas. Lo que *de facto* supone dejar al albur de las leyes de las comunidades autónomas la determinación real del ámbito competencial de las corporaciones locales,²¹ que han dejado muy poco espacio para la reglamentación local, incluidos los servicios obligatorios que relaciona el artículo 26 de la misma LBRL, que por esta condición debieron justificar, ya en la Ley 7/1985, una atribución directa de competencia normativa a los entes locales, sin perjuicio de las leyes de las comunidades autónomas.

17. Gómez-Ferrer, al rechazar en este caso la aplicabilidad de la noción de competencia, y al no ser, por razones obvias, aplicables los criterios de jerarquía y de posterioridad, elabora la noción de función constitucional. La noción de función constitucional permitiría reconducir el problema a los términos de validez-invalidez, al igual que cuando nos encontramos ante una relación de competencia o de jerarquía. En suma, esa noción, que parte de la consideración de que las normas básicas permiten salvaguardar unos mínimos uniformes en todo el territorio nacional en aras de un interés general que define la propia norma básica, comportaría que, en caso de choque entre la norma básica estatal y una norma autonómica, sea ésta anterior o posterior, el conflicto pueda resolverse en términos de validez-invalidez de una u otra norma.

2.2. Los servicios mínimos y las actividades o servicios esenciales

Los artículos 26 y 86.3 de la LBRL establecieron una serie de servicios de prestación obligatoria en función de la población de cada municipio, el primero; el segundo, una relación de servicios reservados, que a pesar de configurarse más como una obligación municipal a favor del ciudadano (artículo 18) que como una competencia propia, han terminado por tener una general aceptación doctrinal y política, por entender sin ningún género de dudas que plasman como ninguna otra institución la autonomía mínima constitucionalmente garantizada y constituyen una manifestación directa del artículo 137 de la CE, cuya regulación compete directamente al Estado, por lo que tienen la consideración de canon de constitucionalidad de la legislación autonómica. Lo que ha influido también en otorgar plena validez a las distintas reglamentaciones que todas las entidades locales con un mínimo de capacidad de gestión han establecido por ordenanza general. En este sentido, las afirmaciones del *Libro blanco para la reforma del régimen local* sobre la falta de competencia normativa local en esta materia deben matizarse; más que de falta de competencia para reglamentar el servicio que la realidad nos demuestra a diario que existe, debe hablarse de una atribución preferente de competencia normativa a favor de los entes locales como directa manifestación de su autonomía constitucional, por ende, resistente a las disposiciones reglamentarias de las comunidades autónomas y del Estado. Atribución que puede realizarse en una nueva LBRL, puesto que la garantía institucional de la Administración local tiene su fundamento en la Ley, y sólo por Ley se pueden desplazar las reglamentaciones locales en los servicios obligatorios y mínimos, que han cristalizado ese mínimo competencial intangible de la garantía institucional de los entes locales. Todo ello sin perjuicio de la necesaria actualización de una lista que tiene un cierto anacronismo en servicios como suministro de gas y calefacción, mataderos, y que no pudo tener en

18. J. TORNOS MAS (1991), “La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, RVAP, 31/91, entiende que las leyes básicas pertenecen al bloque de constitucionalidad en la medida en que configuran el ámbito de la potestad autonómica.

19. FRANCISCO VELASCO CABALLERO, “Subsidiariedad y competencias en la reforma de los gobiernos locales”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, julio de 2005, Cosital, Madrid, p. 60.

20. La referencia a los servicios debe completarse con lo dispuesto en el artículo 85 y 86 de la LBRL.

21. CARMEN ALONSO IGUERA, “La organización municipal en el *Libro blanco*”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, julio de 2005, Cosital, Madrid, p. 109.

consideración el movimiento liberalizador de los servicios públicos en la Unión Europea ni la discusión actual sobre el propio concepto de servicio público.

2.3. Competencias delegadas

Junto con esta técnica de atribución indirecta o por remisión de competencias, el artículo 27 de la LBRL autoriza la delegación de competencias del Estado, las comunidades autónomas y otras entidades locales a favor de los ayuntamientos, cuanto se trate de asuntos de interés local, condicionada a una mejora de la eficacia de la Administración y a la consecución de una mayor participación ciudadana. La LBRL desarrolla aquí los principios constitucionales de descentralización y de participación democrática que figuran en los artículos 103 y 9.2 de la CE –en el fondo, formula el principio de subsidiariedad *avant la lettre*–, lo que no es más que un efecto de la aplicación del principio de autonomía territorial que preside y caracteriza al Estado en su conjunto. Las comunidades autónomas históricas, también y fundamentalmente en este apartado, se opusieron a una relación directa Estado-entes locales, y a recibir un mandato generalizado de delegación a favor de sus propias administraciones locales. Para las comunidades autónomas, la delegación directa de competencias del Estado a favor de las corporaciones locales, que puede imponerse por ley sin su autorización o informe previo, rompe definitivamente el equilibrio competencial establecido por el artículo 149.1.18 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional desestimó las demandas de inconstitucionalidad contra este artículo con una mera referencia directa a la STC 84/1982, de 23 de diciembre, apoyándose para ello en que el “carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales 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”. Añadiendo en esta sentencia 214/1989, en funciones de verdadero oráculo, que el principio básico de que el Estado puede delegar o transferir directamente competencias a las corporaciones locales ni es necesariamente el único posible dentro del marco constitucional²² –el legislador estatal puede apostar por

otras opciones constitucionalmente válidas para la regulación de las relaciones entre el Estado y los entes locales– ni puede interpretarse en términos que desconozcan las competencias que en materia de régimen local tienen atribuidas ahora todas las comunidades autónomas. Sin embargo, la sentencia no pudo abordar, al no plantearse por los demandantes, la especial y trascendental cuestión de las financiación de estas delegaciones²³ y de las nuevas formas de transferencia o encomienda de gestión que, junto con la proliferación de órdenes e instrucciones, sujetan hoy a las corporaciones locales a las instrucciones de las comunidades autónomas por la vía de las bases reguladoras de las convocatorias de las subvenciones que inundan los boletines oficiales de las comunidades autónomas.

2.4. Actividades complementarias

Por lo que se refiere al artículo 28 que, con la disposición adicional segunda, cierra la arquitectura competencial de la LBRL, en principio, no amplía el ámbito competencial de los municipios, y viene a ser una especificación de la cláusula de interés general introducida por el artículo 25 de la LBRL,²⁴ ahora referida a la educación y a la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y el medio ambiente. Materias incluidas en el capítulo III del título I de la CE, “De los principios rectores de la política social y económica”, que constituye un mandato normativo dirigido a todos los poderes públicos para la promoción y protección de estos valores que, de acuerdo con el artículo 53 de la CE, vinculan a todos los poderes públicos e informan la legislación positiva, la práctica de los tribunales y la gestión de las administraciones, que sólo podrán alegarse de acuerdo con las leyes que los desarrollen; tras alguna vacilación, la doctrina los ha calificado como auténticos derechos fundamentales. Su caracterización en la LBRL como meras actividades complementarias de otras administraciones públicas, cuando se trata de las materias más importantes de la actividad de servicio público (educación, salud, vivienda, promoción de la mujer y medio ambiente), y cuando constituyen las prestaciones más demandadas por los ciudadanos y suponen la mayoría del gasto público real del Estado considerado en su conjunto, coloca a las entidades locales lejos de los grandes asuntos públicos, en una posición política secundaria.

22. GARCÍA MORILLO (1996), “La versatilidad de lo básico”, RAP, 139, CEPC, Madrid.

23. Valentín MERINO ESTRADA –“El sistema competencial de las corporaciones locales”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, julio de 2005, Madrid– cuantifica éstos en un treinta por ciento de toda la actividad local.

24. El artículo 25.1 de la LBRL establece que los municipios pueden promover “toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”.

Desde esta consideración, puede decirse que la LBRL establece una mera presencia testimonial de las entidades locales en la gestión de los grandes servicios públicos –sanidad, seguridad social y educación– que constituyen la esencia del Estado social y democrático que proclama la Constitución. Por esta razón, una gran parte de los servicios adicionales que prestan los grandes ayuntamientos pueden calificarse de complementarios o impropios y carecen de la necesaria cobertura financiera, al asumirse y desarrollarse por un cierto voluntarismo político. Su importancia es creciente en los grandes ayuntamientos, en los que supone una parte considerable del gasto total, contribuyendo a la asfixia de sus haciendas. El problema es de orden mayor y es una de las razones que justifican la demanda de una tercera descentralización en España. Los nuevos estatutos de autonomía incluyen una previsión específica sobre la necesaria dotación de fondos en todos los supuestos de delegación, encomienda o autorización para la prestación de servicios complementarios por las entidades locales.²⁵ En cualquier caso, la reserva de un papel absolutamente subordinado de la Administración local en materia de servicios públicos esenciales, en cierto modo, supone la permanencia del espíritu y del concepto de *pouvoir municipal* establecido por la Asamblea revolucionaria francesa de 1789, con la dicción que figura en el artículo 49, del Decreto de 14 de diciembre de 1789, “*les corps municipaux auront deux espèces de fonctions á remplir, les unes propres á pouvoir municipal, les autres propres á l’Administration générales de l’Etat et déléguées par elle aux Municipalités*”, que concibió un municipio con un poder paternal, vecinal y doméstico,²⁶ una administración ajena al Gobierno dirigida a regular sus propios asuntos familiares, al centralizar la Asamblea legislativa la voluntad popular y detentar la soberanía nacional, quedaban perfectamente separado los conceptos de administración y gobierno.

En definitiva, no era necesario un artículo para reconocer o habilitar a los entes locales para el ejercicio de unas competencias complementarias, cuando ya están habilitados directamente por el capítulo III del título I de la CE. En realidad, el reconocimiento de unas “actividades complementarias” en materias de competencia y titularidad del Estado o de las comunidades autónomas en nada refuerza el concepto de autonomía local como pretendía el Abogado del Estado en su defensa de la LBRL ante el

Tribunal Constitucional; por el contrario, reflejan un concepto de interés local constitucionalmente garantizado todavía tributario del “*pouvoir municipal*”. Sin que lo dispuesto en la disposición transitoria 2.2 asignando a los ayuntamientos todas las competencias de ejecución que, para las mismas materias, no se encuentren conferidas por la correspondiente legislación sectorial a otras administraciones públicas, tenga entidad para alterar el sistema de distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas. Corresponderá a la postre al legislador sectorial –autonómico en la mayoría de los casos– decidir la asignación efectiva²⁷ de las competencias de ejecución, que si no van acompañadas de la correspondiente financiación, como suele acontecer, vienen a ser una carga más sobre las arcas locales que, como se ha dicho, ha obligado a contemplar expresamente en los nuevos estatutos de autonomía la transferencia de la financiación correspondiente. En este sentido, tampoco puede hablarse de la disposición transitoria 2.2 de la LBRL como una cláusula residual a favor de los municipios, al estar a la entera disposición del legislador autonómico que la ha utilizado en detrimento de la hacienda local, obligándola a la ejecución final de tareas, obras y servicios de su titularidad

2.5. La LBRL como técnica de remisión normativa a las leyes básicas

La LBRL no establece directamente las competencias de las corporaciones locales, se limita a reconocer una cláusula general de competencia directamente relacionada con las aspiraciones de la comunidad vecinal (25.1) y a definir al municipio por referencia exclusiva a unos supuestos intereses locales, que se identifican como algo propio y distinto de los generales y no terminan de separarse del citado concepto del “*pouvoir municipal*”, que se plasma en una serie o relación de materias en las que forzosamente ejercerá competencias en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas en el mismo artículo 25.2; para terminar con la relación de servicios obligatorios por tramos de población que figuran en el artículo 26, y una reserva de servicios esenciales en el artículo 86.3. La LBRL, en definitiva, no atribuye directamente competencias ni establece una vinculación negativa por muy débil que fuera –salvo en materia de Reglamento orgánico, que

25. Artículo 219.3 de la Ley orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de autonomía para Cataluña.

26. Discurso de Saint Just ante la Asamblea revolucionaria.

27. El nuevo sistema competencial de lista que incorpora el Proyecto de LRBL y el que establece el artículo 84 de la Ley orgánica

6/2006, Estatuto para Cataluña, en el fondo, mantienen el mismo sistema de distribución de asuntos.

fuera declarado inconstitucional—, permitiendo o reconociendo una competencia legislativa genérica de las corporaciones locales en las competencias no reservadas al Estado y a las comunidades autónomas por la Constitución o por las leyes orgánicas; por el contrario, establece una verdadera y auténtica remisión normativa en materia de atribución competencial de la que es perfectamente consciente el Tribunal Constitucional en la sentencia 214/1989: “La norma impugnada es una norma incompleta o de remisión, no avala o garantiza, por sí misma, la constitucionalidad de las leyes básicas sectoriales, sin que por este carácter sea inconstitucional, puesto que este sistema de atribución por remisión es una consecuencia del reconocimiento de la autonomía de los entes locales que proclama el artículo 137 de la Constitución y de su garantía institucional, según el artículo 140 de la misma, que garantiza la autonomía sólo de los municipios.”

Para el Tribunal, el legislador estatal cumple con la función constitucional de garantizar la existencia de unos entes locales reconocibles con un nivel de competencias y actividades que aseguren su permanencia e importancia relativa con el señalamiento de los principios básicos en orden a las competencias que deba reconocerse a las entidades locales, estableciendo, y garantizando, al fin, “su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses y las directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias”, queda claro y expreso, al menos, que estos principios y directrices forman parte esencial de las bases del régimen local. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se detiene aquí, aunque se omita o no se le haya querido dar importancia, declara la plena constitucionalidad de este sistema en un fallo interpretativo del artículo 2.2 que completa un añadido de importancia: “en el sentido de que las leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden en una materia compartida a las entidades locales por ser ello necesario para garantizarles su autonomía.” La sentencia 214/1989 avala el sistema de la LBRL, que obliga a la legislación de bases o básica del Estado en los distintos apartados del artículo 149.1 de la CE a reservar o señalar competencias a favor de la Administración local. Lo que significa reconocerle una posición constitucional especial de la LBRL que junto con el desarrollo de unas bases o de un mínimo común normativo de general aplicación en todo el territorio —necesario para garantizar una posición de paridad entre todo los ciudadanos del Estado—, establece un mandato al resto de las

leyes de bases para que contemplen y reserven competencias a favor de los entes locales.

En el fondo, los conceptos de autonomía y de competencias son nociones inseparables, referidas al ejercicio de *cuotas del poder político*:²⁸ sólo puede hablarse de autonomía para el ejercicio responsable de competencias propias. En nuestro sistema constitucional, que no atribuye competencias directas, sólo se les pueden atribuir competencias como resultado de la identificación de un interés local. El régimen local diseñado por la LBRL obedece pues a la relación directa entre interés y competencia, quedando obligado el legislador estatal (artículo 2 de la LBRL) a definirla en la legislación básica sin invadir el espacio que corresponde a las comunidades autónomas para el desarrollo de las bases, pudiendo alcanzar esta definición desde el reconocimiento de una potestad reglamentaria a la atribución de meras potestades de ejecución, de acuerdo con los criterios que figuran en el artículo 2.1 de la propia LBRL, en función de la naturaleza de la norma (en el fondo del interés) y de los valores constitucionales del Estado social y democrático: participación, descentralización y proximidad.

Aun cuando la garantía institucional, al menos formalmente, se ha visto reforzada con la introducción del “conflicto en defensa de la autonomía local” en la nueva versión de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 7/1999, de 21 de abril); en el diseño de la LBRL, la atribución de competencias se difiere a la ley que funciona como eje mismo del sistema (Sosa) determinando los intereses locales. Para una parte de la doctrina, sin embargo, es esta identificación entre competencia e interés local, que figura expresamente en el preámbulo de la LBRL, la que aleja a la Administración local de la asignación de competencias en materias de interés general,²⁹ al mismo tiempo que ve en esta identificación una supervivencia del concepto revolucionario francés del “*pouvoir municipal*” que es necesario superar para atribuir una competencia directa a los entes locales que posibilite la realización de políticas públicas propias y el ejercicio de competencias plenas a la Administración local, como demanda el artículo 4 de la Carta Europea de la Autonomía Local. Desde este punto de vista, se ha propuesto y así figuraba en el *Libro blanco para la reforma del régimen local* y en el propio proyecto de nueva LBRL, que parece definitivamente abandonado, establecer un régimen de lista tanto en la LBRL como en los nuevos textos de los estatutos de autonomía acompañado de verdaderas

28. Ramón MARTÍN MATEO y F. SOSA WAGNER, “50 años en la Administración local”, RAP, 150, septiembre-diciembre de 1999, CEAC, Madrid.

29. Valentín MERINO ESTRADA, *op. cit.*, núm. 22, p. 46.

competencias normativas (de ordenación), al menos en materia de servicios mínimos obligatorios.

3. La LBRL como canon de constitucionalidad

En la definición de la LBRL, las leyes básicas y sectoriales son el eje del sistema competencial. Ahora bien, en cuanto norma directamente conectada con la Constitución, la LBRL desarrolla y aplica la doctrina constitucional en materia de régimen local español; por lo que, en principio, por esa posición especial y por su directa conexión con la garantía institucional o constitucional de la Administración local en la Constitución, se ha mantenido por la doctrina³⁰ que resulta inmune a las modificaciones establecidas por otras regulaciones, se trate de leyes básicas u ordinarias o de legislación de las comunidades autónomas; en definitiva, sólo puede ser derogada o alterada por una modificación legislativa que *expresa y explícitamente se tramite como tal modificación*. La LBRL establece y conforma el régimen local español, especialmente, en materia competencial, al determinar las materias en las que forzosamente (artículo 25.2) el legislador estatal o autonómico ha de reservar necesariamente alguna competencia a los entes locales. De acuerdo con esta interpretación doctrinal, el *olvido, la omisión o la infracción de esta especial posición* por parte del legislador estatal infringe directamente la LBRL y, por ende, la *especial función* que la doctrina constitucional y la propia teoría funcional de las normas básicas le atribuyen para materializar la garantía institucional de las entidades locales en el ámbito subjetivo, objetivo y de relación con otras administraciones públicas. Lo que llevaría, en última instancia, *por su reconocido carácter de parámetro de constitucionalidad, a una infracción constitucional*.³¹

30. Carro Martínez y Sosa Wagner.

31. Así lo entiende el Tribunal Constitucional en la STC 170/1989, FJ 9: "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 configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional. Por tanto, en relación con el juicio de constitucionalidad sólo cabe comprobar si el legislador ha respetado esa garantía institucional." Y en la sentencia 159/2001: "la autonomía local consagrada en el artículo 137 de la CE (con el complemento de los artículos 140 y 141 de la CE) se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno."

32. FJ 4:

"y para el caso de que la coherencia de la actuación de las administraciones públicas no pueda alcanzarse por los procedimientos contemplados en los artículos anteriores o éstos resultaran mani-

3.1. El éxito de la LBRL

A pesar de las críticas por configurar la garantía institucional de los entes locales bajo la técnica de la remisión normativa, quedando al albur de la decisión política que en cada caso defina el interés del Estado o de las comunidades autónomas y la participación que corresponda a la Administración local en el poder político, el éxito notable de la LBRL se acredita con la doctrina del Tribunal Constitucional que le atribuye el valor y la función de canon de constitucionalidad con el alcance establecido en el artículo 28 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. De acuerdo con los principios expuestos, el Tribunal ha declarado el valor atribuible como canon de enjuiciamiento a las normas dictadas por el legislador estatal (LBRL) y su relación con la garantía constitucional de la autonomía local (artículo 137 de la CE), cuestiones que han sido abordadas en distintas sentencias recaídas a partir de 1987: sentencias 27/1987, de 27 de febrero, FJ 4;³² 214/1989, FJ 5, y 11/1999, que instalan a la LBRL como canon de constitucionalidad al mismo nivel que los estatutos de autonomía. A estos efectos, por lo que se refiere a la LBRL como canon de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional distinguirá desde un primer momento entre los artículos 137 y 149.1.18 de la CE, y de los distintos artículos de la LBRL, puesto que no es lo mismo la vulneración directa de la autonomía local constitucionalmente garantizada que la transgresión de la competencia del Estado para establecer la "legislación básica": "Expresadas de este modo indiferenciado las normas de contraste, conviene ante todo poner de manifiesto que *los imperativos constitucionales derivados del artículo 137 de la CE, por un lado, y del artículo 149.1.18 de la CE, por otro, no son coex-*

fiestamente inadecuados, 'las leyes del Estado y las de las comunidades autónomas reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, podrán atribuir al Gobierno de la Nación o al Consejo de Gobierno la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y, en especial, de las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias', debiendo realizarse tal coordinación 'mediante la definición concreta y en relación con una materia, servicio o competencia determinados de los intereses generales o comunitarios, a través de planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en la materia correspondiente'; asimismo, dichos planes deberán tramitarse con la participación de las administraciones afectadas, a que se refiere el artículo 58.2 de la propia Ley.

"Todos estos preceptos estatutarios y legales, interpretados conjunta y sistemáticamente y de conformidad con la Constitución, son los que deben tomarse en consideración como parámetros de la legitimidad constitucional de los preceptos impugnados de la Ley 2/1983 de la Generalidad Valenciana, de tal manera que su infracción por estos últimos determinaría su nulidad por vulneración del bloque de constitucionalidad aplicable a la materia de que se trata."

tenso. Para empezar, los destinatarios del artículo primero son todos los poderes públicos, y más concretamente todos los legisladores, en tanto el destinatario del segundo es cada legislador autonómico, en cuanto vinculado por la competencia normativa básica del legislador estatal acogida a dicho precepto. Pero, sobre todo, los límites que para el legislador autonómico se deriven eventualmente del artículo 149.1.18 de la CE pueden tanto venir impuestos en cuanto concreción de la garantía de la autonomía local, como pueden no estarlo.³³

3.2. Revisión de la doctrina constitucional de la LBRL por la STC 240/2006

La doctrina constitucional examinada eleva a la LBRL a parámetro y a canon de constitucionalidad, integrándola junto con los estatutos de autonomía en el ámbito del artículo 28 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional; sin embargo, quizá preocupado por el alcance de tales consideraciones, a partir de la STC 159/2001, F 4, sin abandonar por completo estas consideraciones, el Tribunal Constitucional modifica su doctrina para declarar que los anteriores pronunciamientos *no permiten extraer conclusiones definitivas sobre el valor de la Ley de las bases del régimen local como canon de enjuiciamiento, y en todo caso no son trasladables al conflicto en defensa de la autonomía local; al recaer esta doctrina siempre en el enjuiciamiento constitucional de la propia LBRL o de legislación autonómica en materia de competencias locales*. De ahí que el Tribunal haya podido acudir en alguna ocasión a la idea de “bloque de constitucionalidad” (artículo 28.1 de la LOTC) para decidir si una concreta disposición se adecua o no al orden constitucional de distribución de competencias en materia de “régimen local”, entendido como “régimen jurídico de las administraciones locales”,³⁴ sin embargo, como ya dejó expuesto en las STC 109/1998 y 11/1999, la materia constitu-

cional régimen local, ex artículo 149.1.18 de la CE, no es identificable con el concepto de “autonomía local”, que figura en el artículo 137 de la CE, por tratarse de mandatos constitucionales con distinto ámbito, en palabras del Tribunal Constitucional: “porque los imperativos constitucionales derivados del artículo 137 de la CE, por un lado, y del 149.1.18 de la CE, por otro, no son coextensos.”

Doctrina que viene a matizar la singular posición y la específica naturaleza de la STC 259/1988, F 2, de 22 de diciembre, sobre la LBRL: “*asegura un determinado modelo de autonomía local que la legislación que, en el ejercicio de sus competencias, dicten las comunidades autónomas sobre urbanismo u otros ordenamientos sectoriales respete [...], ya que, en caso contrario, no se garantizaría el nivel mínimo de autonomía local establecido por el legislador estatal, pues las diversas legislaciones sectoriales autonómicas podrían imponer controles que llegaran a desfigurar el modelo configurado o incluso a vaciarlo de contenido.*” Para entender ahora que, a tenor de aquella doctrina, la LBRL *no constituye siempre canon de validez de la Ley, estatal o autonómica, a la hora de enjuiciar normas que desarrollen aspectos concretos de la autonomía local*. Para terminar su razonamiento, el Tribunal Constitucional añade que la LBRL, sin desconocer su posición y naturaleza singular, no puede funcionar como canon de las leyes estatales porque la LBRL no es otra cosa que una ley básica dictada al amparo del artículo 149.1.18; por ende, le corresponde la naturaleza y posición que la Constitución atribuye a tales leyes –ordinarias, en el fondo–, que pueden perfectamente establecer disposiciones contrarias a la LBRL, que no ocupa en nuestro ordenamiento una posición distinta a las demás leyes básicas del Estado.³⁵

Es evidente que la revisión de la doctrina constitucional alcanza de lleno al sistema de garantías de la autonomía local diseñado por el artículo 2.2 de la LBRL –pieza esencial en el mecanismo de remisión norma-

33. En el mismo sentido, la STC 109/1998, F 1, distingue las respectivas esferas de la garantía de la autonomía local (artículo 137 de la CE) y de la competencia normativa estatal sobre “bases del régimen jurídico de las administraciones públicas” (artículo 149.1.18 de la CE) como cánones no coextensos: “los vicios de esta índole que los autos de planteamiento imputan a las disposiciones transcritas pueden sistematizarse *grosso modo* en dos grupos, los cuales, pese a su aparentemente íntima interrelación deben ser adecuadamente individualizados, procediéndose seguidamente a abordar por separado los condicionamientos derivados de cada uno de los mencionados preceptos constitucionales.”

34. STC 214/89, F 2.

35. STC 69/1988, de 19 de abril:

“una definición clara y precisa de los marcos básicos delimitadores de las competencias autonómicas que, siendo fácilmente recog-

noscibles, evite la incertidumbre jurídica que supone para las comunidades autónomas asumir, sin dato orientativo alguno la responsabilidad de investigar e indagar en la masa ingente de las disposiciones normativas reglamentarias estatales, una definición que es al Estado a quien corresponde realizar por encargo directo de la Constitución. En este sentido, la función del Tribunal Constitucional es evitar la ambigüedad permanente, aunque el sistema tendrá siempre un carácter abierto hasta que se defina lo básico, y procurar que su definición no quede a la libre disposición del Estado.”

“Por estas dos razones –continúa la sentencia– *hay que establecer un concepto material de bases y señalar que lo básico debe figurar en una ley formal*, pues ya se ha superado la primera etapa de adaptación de la legislación preconstitucional, siendo necesario exigir ahora con mayor rigor formal la necesidad de que lo básico venga determinado por una ley votada en Cortes.”

tiva establecido por la LBRL, y que fuera declarado constitucional por la sentencia 214/1989–, en el sentido de que las leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden en una materia compartida a las entidades locales por ser ello necesario para garantizarles su autonomía. Sistema de atribución que ahora queda difuminado y sin contenido obligatorio, al entender el Tribunal Constitucional que, en las nuevas regulaciones que se establezcan, las nuevas normas básicas *deberán ser consideradas modificaciones legislativas, pero no necesariamente leyes inconstitucionales*. Lo que viene a negar tanto la *posición especial* de la LBRL en el ordenamiento como la necesaria derogación expresa de la misma. En definitiva, ya no podrá entenderse³⁶ que cualquier olvido o contravención de este mandato de la LBRL por el legislador básico estatal lesiona directamente una ley que constituye un parámetro de constitucionalidad y, por ende, deviene a su vez inconstitucional; por supuesto, tampoco será necesaria una referencia expresa a la LBRL para modificar su contenido, quedando en un mera advertencia o deseo el mandato dirigido a la futura legislación básica por el artículo 2.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

3.3. Revisión de la LBRL como canon de la ley autonómica

En cuanto a la ley autonómica, según la nueva doctrina constitucional inaugurada por la sentencia 159/2001 y consolidada plenamente en la sentencia 240/2006, la LBRL sólo servirá como canon de validez en aquellos aspectos enraizables directamente en los artículos 137, 140 y 141 de la CE: sólo aquellos extremos de la LBRL que se puedan incardinar de forma directa en los artículos 137, 140 y 141 de la CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones –dice el Tribunal Constitucional–, forman parte de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que, para el propio Tribunal son mayoría en el seno de la LBRL, se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el artículo 149.1.18 de la CE y tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinal (F 4). En definitiva, la legislación estatal de régimen local que identifique su fundamento en el artículo 149.1.18 no puede constituirse en canon de constitucionalidad de la legislación autonómica; sólo cuando tal legislación (por ahora, la Ley 7/1985) desarrolle directamente los artículos 137 y 140 de la CE,

podrá entenderse como canon de constitucionalidad. Luego sólo en la medida en que se regulen por el Estado los aspectos esenciales de la autonomía política de los entes locales (artículo 140 de la CE), a la hora de garantizar su participación en todos los asuntos que afecten a su círculo de intereses tutelados por la teoría de la garantía institucional de la Administración local tendrá esa consideración de canon de constitucionalidad que ha de respetarse por la legislación de las comunidades autónomas.

Es indudable que para la nueva doctrina constitucional la LBRL sólo tiene valor de canon de constitucional en cuanto sea desarrollo directo de los artículos 137 y 140, y sólo en este concepto obliga a las comunidades autónomas a legislar en el mismo sentido –en el fondo, el Tribunal Constitucional asimila el concepto de canon de constitucionalidad de la legislación del Estado en materia de régimen local con el de garantía institucional–, quedando reducido su ámbito a la regulación de los aspectos organizativos y competenciales y al sistema de control de la actividad de los entes locales previstos por la CE; en segundo lugar, se omite toda la doctrina sobre la relación especial entre las bases de las administraciones públicas y la garantía institucional de la Administración local, que fuera el eje de la doctrina constitucional en la materia desde la sentencia 32/1981 y que vino a fundamentar un contenido amplio en la Ley 7/1985, de bases del régimen local. Queda en entredicho la supuesta relación entre el artículo 149.1.18 y el artículo 137 de la CE establecida por la sentencia 32/1981, destacando la singularidad del apartado 18 del artículo 149.1 de la CE: “en el que la referencia es justamente a una acción por así decir reflexiva del Estado. Esta peculiaridad es importante ya que entronca con el tema de la garantía constitucional de que antes tratábamos, y facultaba al Estado para definir las competencias y la configuración de sus órganos de gobierno de las comunidades locales, que no pueden ser dejadas en lo que toca a la interpretación que cada comunidad autónoma pueda hacer de su derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada.” Quizá más que una revisión completa de su doctrina, hay que ver en esta sentencia una clara advertencia sobre el alcance de la legislación estatal sobre las bases del régimen local que, so pretexto de garantizar la autonomía local, entran en una regulación exhaustiva que agota las posibilidades normativas en la materia y relega las competencias normativas de las comunidades autónomas para extender las bases a meros aspectos secundarios.

36. R. MARTÍN MATEO y F. SOSA WAGNER, *op. cit.*, p. 28.

3.4. Títulos legislativos del Estado en régimen local

Con la nueva doctrina constitucional, una regulación tan completa de las bases del régimen local como figura en la Ley 57/2003, no puede constituir canon de constitucionalidad y no puede vincular ni obligar a las comunidades autónomas. No entran estas sentencias en el análisis de la relación normas básicas normas de desarrollo ni en los problemas que plantea la teoría funcional de las normas básicas,³⁷ que les asigna el especial papel que les corresponde en el ordenamiento general al quedar referidas a los aspectos nucleares o básicos de las distintas materias a regular por normas básicas,³⁸ ni en las reglas que rigen las relaciones del binomio normas básicas estatales leyes autonómicas de desarrollo, *pero la nueva interpretación significa inequívocamente rebajar el alcance del concepto de canon de constitucionalidad atribuido a la LBRL, para quedar reducida a mera norma básica en su mayor parte, que por definición no exige ni puede imponer una política o unas directrices de desarrollo para las comunidades autónomas.*³⁹ En cualquier caso, no puede negarse que el Estado mantiene otros títulos de intervención legislativa en materia de régimen local, uno para materializar la garantía institucional de la Administración local –sabemos que no tiene un contenido mínimo, pero que debe garantizar una presencia continuada de la institución, para lo que resultará obligado atribuirle unas competencias y funciones en las materias que tradicionalmente se asignen al régimen local–. Un segundo título para establecer, más allá de ese mínimo reducto esencial, las bases “ordinarias” del régi-

men local, en las que es obligado reconocer al Estado una discrecionalidad política para una formulación más o menos amplia⁴⁰ de lo que se entienda por aspectos esenciales, que no impliquen un desarrollo directo de la Constitución pero que formen parte de un mínimo común normativo para todo el Estado: régimen de los bienes, actividades, contratación, personal y servicios. Materias para las que también cuenta el Estado con el resto de los títulos competenciales que figuran en la cláusula 18 del artículo 149.1, y con otros concurrentes y complementarios del mismo artículo 149.1 de la CE. Sin omitir la existencia de una Carta Europea de la Autonomía Local, que incorpora el acervo del Derecho continental en la materia y, aunque no puede decirse que forme parte de los tratados constitutivos de la Unión Europea, se entienda como Derecho derivado o como tratado suscrito en el ámbito de la Unión y promovido por la Comisión Europea como técnica de homogeneización del Derecho, en España, tanto por aplicación del artículo 94 de la CE como por su consideración de Derecho comunitario, tiene preferente aplicación;⁴¹ aunque no constituya un título de atribución de competencias a favor del Estado, sus mandatos y principios obligan tanto al Estado como a las comunidades autónomas y resultan exigibles tanto de la legislación directa de régimen local como a la hora de asignar competencias por la legislación sectorial; sin perjuicio de las dudas de nuestro Tribunal Constitucional sobre el alcance y los efectos del Derecho comunitario, la CEAL debe tener, salvo que se oponga a la Constitución, la misma fuerza vinculante que corresponde a los Tratados Constitutivos de la Unión.⁴²

37. GARCÍA MORILLO (1996), “La versatilidad de lo básico”, *op. cit.*, núm. 22.

38. Gómez-Ferrer, al rechazar en este caso la aplicabilidad de la noción de competencia, y al no ser, por razones obvias, aplicables los criterios de jerarquía y de posterioridad, elabora la noción de función constitucional. La noción de función constitucional permitiría reconducir el problema a los términos de validez-invalidez, al igual que cuando nos encontramos ante una relación de competencia o de jerarquía. En suma, esa noción, que parte de la consideración de que las normas básicas permiten salvaguardar unos mínimos uniformes en todo el territorio nacional en aras de un interés general que define la propia norma básica, comportaría que, en caso de choque entre la norma básica estatal y una norma autonómica, sea ésta anterior o posterior, el conflicto pueda resolverse en términos de validez-invalidez de una u otra norma.

39. Pues bien, esta doctrina, reiterada en posteriores sentencias: fundamentalmente STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 19), y 27/1987, de 27 de 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 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, y 99/1987, FJ 2.b)–. El “régimen local”, que es, por tanto, el “régimen jurídico de las administraciones locales”, resulta de este modo no una materia evanescente, disgregada en una pluralidad de asuntos sometidos a un régimen competencial diversificado tal como afirma la Generalidad de Cataluña, sino una materia con 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.

40. S. MUÑOZ MACHADO (1992), *Derecho público de las comunidades autónomas*, Civitas, Madrid: “Lo básico es un concepto impreciso. Las Cortes tienen un margen de apreciación insustituible, porque se trata de un concepto oscilante, que depende de la idea que en cada momento histórico se tenga sobre el interés general.”

41. STC 28/1991, de 14 de febrero, F 6, y 64/1991, de 22 de marzo F 4; STJCE Simmenthal de 1978, y Ford España de 1989 [TJCE 1990, 12], F 17 a 19, aplican el principio de primacía del Derecho comunitario.

42. STC 1/2004, F 6:

“Sobre la base de esas garantías debe destacarse además que la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado artículo I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución (artículo I-11.1 del

En cualquier caso, como advierte el Tribunal Constitucional desde la sentencia 32/1981 y reitera en la 214/1989, ni al amparo de la garantía institucional ni en el uso de los distintos títulos competenciales que figuran en el artículo 149.1, puede el Estado agotar la regulación del régimen local y excluir un posible desarrollo autonómico. Las bases normativas comunes pueden incluir todos los aspectos nucleares de una materia; en nuestro caso, podrán incluir un régimen de competencias mínimas, unos principios competenciales y el establecimiento de unos servicios obligatorios,⁴³ incluso el reconocimiento de una potestad reglamentaria, en estas o en otras materias que tengan relación directa con el interés local y que respondan a una directriz o pacto político de atribución de una mayor cuota de poder a los entes locales. Pero fuera de los límites conceptuales de lo que pueda entenderse por *legislación básica*, el Estado no puede imponer una política determinada a la comunidad autónoma ni ordenarle cómo y en qué sentido o dirección tiene que regular su régimen local, sin perjuicio, precisamente, de los efectos de la Carta Europea de la Autonomía Local y de la garantía institucional de los entes locales, y de lo que dispongan los nuevos estatutos de autonomía que⁴⁴ desde el punto de vista formal son normas estatales, puesto que el Estatuto, con independencia de su proceso de formación, es una Ley orgánica de las Cortes Generales (artículos 81.1, 146, 147.3, 151), y tiene la consideración de norma de cabecera de todo el ordenamiento de la comunidad autónoma y, de acuerdo con el artículo 28 de la CE, constituye canon de constitucionalidad.⁴⁵

Los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, flexibilidad, supletoriedad, y el de naturaleza política de los gobiernos locales, verdaderos principios estructurales del sistema competencial local, se proponen por la doctrina como necesario acompañamiento de un régimen de lista, de todo punto imprescindible para asegurar una verdadera posición política propia de los entes locales, aunque no pue-

dan entenderse como un desarrollo directo de la Constitución; en la medida que resultan imprescindibles para fundamentar y enjuiciar la atribución de competencias por la legislación sectorial o para delimitar el alcance de las competencias normativas propias de los entes locales, sin lugar a dudas forman parte del núcleo normativo local básico y como principios expresamente recogidos en la Carta Europea de la Autonomía Local, obligan al Estado en su conjunto, alcanzando directamente a su contemplación por la legislación de las comunidades autónomas. El Estado está obligado a incluirlos tanto en la LBRL como en las modificaciones de los estatutos de autonomía, lo que garantizará su aplicación efectiva y su elevación a rango de canon de constitucionalidad. Sólo así se podrá obligar a un reconocimiento o atribución real y efectivo de competencias a favor de los entes locales por la legislación de las comunidades autónomas cuando se trate de competencias exclusivas de las mismas.⁴⁶

4. Crítica y crisis del modelo de atribución de la Ley 7/1985

4.1. Los problemas de un sistema negativo de atribución de competencias locales

En un temprano artículo, Santamaría Pastor⁴⁷ advirtió las carencias de una regulación que se inclinaba por definir negando: “las competencias locales serían aquellas que el legislador estatal y autonómico decidieran que fueran con el único límite de no desfigurar la institución hasta hacerla socialmente irreconocible.” La falta de un marco competencial mínimamente definido constituye la esencia del problema. Las competencias que exige el ejercicio de la autonomía local están definidas en negativo: por un límite negativo que no se puede sobrepasar, por lo que no debe ser.⁴⁸ La LBRL no ofrece una lista determinada y formal de competencias locales, se remite a las leyes sectoriales

Tratado), en cuya virtud ‘la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los estados miembros en la Constitución [europea] para lograr los objetivos que ésta determina’ (artículo I-11.2). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de ‘retirada voluntaria’ previsto en el artículo I-60 del Tratado.”

43. La STC 331/1993 incluye estos aspectos en la competencia estatal para definir las bases del régimen local.

44. El artículo 147.1 de la Constitución dice: “Los estatutos serán la norma institucional básica de cada comunidad autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.”

45. La aprobación de los estatutos de autonomía por ley orgánica no constituye un simple revestimiento formal de una norma propia-

mente autonómica, sino la incorporación, definitiva y decisiva, de la voluntad del legislador estatal a la configuración de lo que, por su contenido, constituye la norma institucional básica de cada comunidad autónoma.

46. Así se denuncia en el *Libro blanco para la reforma del gobierno local*: “La legislación básica de régimen local no ofrece una lista determinada y formal de competencias locales, efectuando una remisión a las leyes sectoriales estatales y autonómicas, que serán las llamadas a atribuir competencias, limitándose la Ley básica a establecer una serie de materias de interés local (artículo 25). Esa remisión no ha obtenido un resultado satisfactorio por varias razones.”

47. “Notas sobre la sentencia de las diputaciones provinciales”, REDA, 34, 1982, Madrid.

48. F. CAAMAÑO, “Autonomía local y Constitución”, REDC, 70, enero-abril de 2004.

estatales y autonómicas, que serán las llamadas a atribuir competencias, limitándose la Ley básica a establecer una serie de materias de interés local (artículo 25). Esa remisión no ha tenido el fin apetecido porque en algunas ocasiones las leyes sectoriales ni siquiera atribuyen competencias a los gobiernos locales o, sencillamente, porque se reconocen con auténtica cicatería, promoviendo más delegación que la atribución y la técnica de la encomienda de gestión o el convenio de colaboración, en el que se cargan costes indebidos sobre el ente local o se establecen, a modo de directrices, las instrucciones de funcionamiento. Técnicas que se complementan con el uso de la financiación como auténtica competencia de dirección y control sobre el ente local, sin que sea posible recurrir todas las convocatorias de subvenciones y menos interponer recursos de inconstitucionalidad contra las leyes del Estado o de la comunidad autónoma que no reserven, atribuyan o reconozcan competencias a la Administración local, de acuerdo con su interés.

4.2. Vaciado de competencias

Desde esta precaria situación, se piensa que una lista de competencias en la Ley de régimen local y en los estatutos de autonomía permitirá a la jurisdicción contenciosa o a la constitucional disponer de una referencia para sentenciar en caso de conflicto y, fundamentalmente, robustecerá la presencia política de los gobiernos locales en el impulso de todo tipo de iniciativas públicas. *De facto* asistimos, más que al denunciado vaciamiento de competencias, a una práctica legislativa y a una actuación política que elude sistemáticamente la atribución de competencias a los entes locales. Sin que exista posible reacción jurídica, al tratarse de un sistema de atribución sujeto a la discrecionalidad propia de la política legislativa, en el que

resulta tan válido atribuir competencias como delegarlas. Por lo que, en principio, carece de sentido la interposición de recursos de inconstitucionalidad, ahora posible tras la reforma de la LOTC de 1999, en defensa de unas competencias supuestamente propias que ni siquiera están perfectamente definidas en la Ley. La identificación de los intereses locales y su definición concreta termina por ser pura decisión política⁴⁹ no fiscalizable en vía contencioso-administrativa, que sólo puede tener acogida en vía de recurso constitucional cuando esté en juego la supervivencia de los entes locales. El panorama descrito no es el más favorable para el demandado proceso de asignación de mayores cuotas de poder a los entes locales, conocido como segunda descentralización,⁵⁰ aunque es una cuestión asumida por la práctica totalidad de los partidos políticos que han suscrito la Carta de Vitoria en 2004. La tarea corresponde tanto al Estado como a las comunidades autónomas, llevándolo al texto de los estatutos de autonomía e incorporando sus principios en la redacción de un *Libro blanco para la reforma de los entes locales*⁵¹ –julio de 2005–, que cristalizó en un anteproyecto de ley del gobierno local que no se ha remitido a tramitación parlamentaria.

4.3. Nuevas propuestas doctrinales

Las denunciadas limitaciones de la teoría de la garantía institucional y el paulatino sometimiento de los gobiernos locales a las políticas de las comunidades autónomas han provocado el rechazo doctrinal y la búsqueda de una interpretación constitucional que supere estas limitaciones y servidumbres para configurar una verdadera y auténtica *garantía constitucional* de la autonomía local. Las propuestas de revisión de la teoría de la garantía institucional se proponen por la doctrina administrativa y constitucional⁵² con

49. J. MIR –*El sistema español de competencias locales*, Marcial Pons, Madrid, 1991– entiende que las premisas de la exposición de motivos LBRL provocan un menoscabo notorio de la autonomía local pues la falta de competencias supuestamente compensada con el derecho a participar en la gestión de los asuntos públicos que afectan a las entidades locales, conduce, en la práctica, a un esquema de relaciones interadministrativas donde el gobierno local acude en situación de inferioridad.

50. José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “La segunda descentralización: Del Estado autonómico al municipal”, RAP, 172, enero-abril de 2007, CEPC, Madrid, p. 16 a 22.

51. Font i Llovet: “Porque de lo que no cabe duda alguna es de que la tendencia general de las reformas estatutarias consiste, precisamente, en ‘estatutorizar’ –valga la expresión– en mayor o menor medida, el gobierno local, es decir, elevar a rango estatutario, como se ha dicho, la regulación sustantiva del ‘régimen local’, lo que redundará, por un lado, en una mayor garantía frente al legislador de la posición de los entes locales.” Lo que justifica así: “por un lado, cabe plantearse la virtualidad del título material ‘régimen local’,

inexistente en el artículo 149.1 de la CE, y reconducido al mismo por la jurisprudencia constitucional, por vía de su inclusión en ‘las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas’ del número 18. Y ello, en virtud de las remisiones que los propios estatutos efectúan.”

52. Defienden esa naturaleza política, según afirma Caamaño: A. FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local. El control sobre las corporaciones locales; el funcionamiento del modelo constitucional de autonomía local*, CEC, Madrid, 1990; E. MARTÍN MATEO y F. SOSA WAGNER, “Cincuenta años en la Administración local”, RAE, 150, 1999; L. PAREJO ALFONSO, “El régimen jurídico de la Administración local hoy”, en *El sistema político local: nuevo escenario de gobierno* (C. Alba y E. Vanaclocha), ROE, Madrid, 1997; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “El debate sobre la autonomía municipal”, RAP, 147, 1998, p. 61 y ss.; E. SÁNCHEZ GOYANES, *La potestad normativa del municipio español. Ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas*, El Consultor, Madrid, 2000; J. GARCÍA MORRILLO, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid, 1996; Tomàs FONT I LLOVET, “La renovación del poder

un contenido más extenso del *interés local* que la mera garantía de pervivencia o continuidad de los entes locales, en el que entienden deben entenderse incluidos sus caracteres y competencias básicas, presidido todo ello por el principio democrático. Para estos autores, si la Constitución no enumera competencias locales, no por ello entrega la autonomía local en blanco al legislador para que la dibuje discrecionalmente. Cuando se trata de atribuir competencias a los entes locales, la ley no puede actuar como un necesario y previo trámite que ahogue el normal ejercicio del gobierno local. Desde este punto de vista, para no sacrificar la existencia de las potestades normativas locales, proponen una modulación o flexibilización del principio de reserva de ley, especialmente, en materias fiscal y sancionadora, en las que la *interpositio legis* resulta de la aplicación directa de los artículos 25 y 133 de la CE, para posibilitar el juego de una reglamentación local autónoma, que implica una especie de vinculación negativa de unas competencias legislativas originarias e irrenunciabiles de las entidades locales.

Sin perjuicio de reconocer el valor doctrinal de todas estas aportaciones, en el fondo se trata de reforzar la teoría de la garantía institucional con un mayor contenido y una mayor fuerza sobre el legislador que, salvo una modificación expresa de la Constitución, no tiene un referendo normativo y expreso, y su aplicación íntegra arrumbaría con la esencia misma del principio de legalidad. De ahí que se las haya denominado tesis “soberanistas”; no obstante, no se puede negar que estas tesis han revivido la discusión sobre el mundo local en España y han promovido la denominada *segunda descentralización* a favor de los entes locales. No sólo ha tenido una gran repercusión doctrinal; sus efectos pueden verse en la doctrina constitucional, sentencia 233/1999, que

local: Avances en la configuración jurídica e institucional del gobierno local”, p. 13-39, y L. ORTEGA, “La potestad normativa local”, p. 39-55, en *Anuario del gobierno local 2001*, Madrid; E. AJA, “Configuración constitucional de la autonomía local”, en *Informe sobre el gobierno local* (Tomàs Font, dir.), MAP y Fundación Pi i Sunyer, Madrid, 1992, y J. GARCÍA ROCA, “El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, *REALA*, 282, 2000.

53. STC 233/1999, de 13 de diciembre. Sobre la LRHL el ámbito de colaboración normativa de los municipios, en relación con los tributos locales, era mayor que el que podría relegarse a la normativa reglamentaria estatal. Dos datos normativos consideramos entonces relevantes para llegar a aquella conclusión: que las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano —el Pleno del ayuntamiento— de carácter representativo [artículo 22.2.d) de la LBRL], y que la garantía local de la autonomía local (artículos 137 y 140 de la CE) impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia —como los tributos locales—, donde está claramente presente el interés local [F 10.c)]. Concluimos que aquella concepción flexible

reconoce la plena naturaleza democrático-representativa de las ordenanzas fiscales, al aprobarse por el Pleno, representación democrática y “soberana” de los ciudadanos del municipio, que confiere a sus ordenanzas valor superior a los reglamentos de las comunidades autónomas⁵³ y, con mayor trascendencia, en la doctrina sentada en la sentencia 132/2001, F V, que autoriza, igual que en materia fiscal, una formulación flexible del principio de reserva de ley para la tipificación de infracciones y sanciones en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal, y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del ayuntamiento.⁵⁴ Sin que sea necesario la previa definición de cada tipo o ilícito por la Ley, es suficiente una habilitación legislativa que establezca los principios generales. Es claro que el Tribunal Constitucional asumió en parte las propuestas de flexibilización de esta corriente doctrinal, que implican un mayor alcance explícito del interés local, que aquí sí identifica una competencia propia para regular sus tributos y para imponer sanciones en sus materias tradicionales con una mayor flexibilización de la reserva de ley, pero sin asumir una vinculación negativa de la ordenanza municipal ni en estos aspectos esenciales ni en otros ámbitos competenciales. No se aceptan, desde luego, las propuestas de un municipalismo “soberanista”,⁵⁵ para el que la Constitución atribuye un espacio en blanco a favor de los ayuntamientos. Lo que chocaría directamente contra el principio de reserva de ley, remitiéndonos a una vuelta al medievalismo anunciada por Alain Ming,⁵⁶ un nuevo Sacro Imperio Romano Germánico que puede verse en la construcción de la Unión Europea, integrando hoy como entonces estados, ciudades, redes, regiones, *Länder*, y todas las regiones y naciones de la vieja Europa buscando el reco-

de la reserva de ley tributaria —en relación con las ordenanzas fiscales— no toleraba la renuncia de la ley a todo encuadramiento normativo de la potestad tributaria local.

54. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los municipios —conforme a la exigencia del artículo 25.2 de la LBRL— no contiene en sí la autorización para que cada municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por ordenanza municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador.

55. José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, 50, p. 26 y ss.

56. *La Nueva Edad Media. El gran vacío ideológico*, Temas de Hoy, Madrid, 1993.

nocimiento de un poder originario y previo al Estado para construir la Unión desde las raíces de todos los pueblos europeos.

Desde otro punto de vista, para evitar este proceso conocido en Alemania como “el silencioso vaciamiento de la autonomía local”,⁵⁷ se ha propuesto que el Tribunal Constitucional mantenga la doctrina de la garantía institucional con nuevos ámbitos y contenidos, y además incorpore otras técnicas más precisas que le permitan un control real del juego de la legislación sectorial en la atribución de competencias locales, como los principios de “prohibición de cometer excesos”, “proporcionalidad”, “interdicción de la arbitrariedad en las relaciones entre sujetos públicos” o “lealtad municipal”, que se alumbraron por la jurisprudencia constitucional alemana tomados de su propia doctrina en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Es decir, que como el Tribunal alemán, construya sus propios *parámetros constitucionales o medidas* para enjuiciar las posibles injerencias del Estado o de las comunidades autónomas en la autonomía local.

Sin perjuicio de la toma en consideración por nuestra jurisprudencia constitucional de los cánones de enjuiciamiento que propone Sosa y de cualesquiera otros que contribuyan al control de la atribución de competencias a los entes locales, desde un punto de vista de pura lógica formal, se propone abrir el recurso de inconstitucionalidad a la Administración local con mayor generosidad. No es suficiente la modificación del artículo 75 de la LOTC por las leyes dimanantes del Pacto Local de 1999; sólo así podría tener un contrapeso jurídico el inevitable sistema de atribución de competencias por remisión a la legislación sectorial. No obstante, no parece conveniente una apertura generalizada del recurso de inconstitucionalidad en un mundo tan fragmentado como el local, en el que resultaría obligado apoderar a la Federación Española de Municipios y Provincias, que, sin discutir su carácter representativo, nunca podrá ejercer de contrapoder, al resultar plena y totalmente atribuibles sus decisiones a los partidos políticos mayoritarios en España que presiden y gobiernan real y efectivamente la FEMP y no necesitan un cauce nuevo para interponer recursos de

inconstitucionalidad. Por otro lado, una atribución de competencia a los entes locales en materia de recursos de inconstitucionalidad, aunque referido sólo a la discusión de sus propias competencias mínimas, no se corresponde con su configuración en la Constitución: ni se llegó a barajar en las discusiones y sesiones de los constituyentes, ni existe en los estados de la Unión, y resulta de muy difícil instrumentación, quedando en manos de los mismos partidos políticos –hasta los mismos representantes– que aprobaron los programas y las mismas leyes que se pretenden recurrir.

5. Nuevo sistema de atribución de competencias

Para superar este lento pero imparable proceso de erosión de las competencias locales,⁵⁸ agravado decisivamente por el tratamiento por la doctrina constitucional de la LBRL como una ley básica más que sólo tiene la consideración de canon constitucional cuando desarrolla directamente el interés protegido por el artículo 137 de la CE, que arrumba definitivamente con el mandato establecido en el artículo 2.2 de la misma, y desautoriza el mandato general dirigido a la legislación básica para reservar el papel que proceda a favor de los entes locales, según los criterios de proximidad, clase de materia y máxima descentralización, la doctrina constitucionalista citada propone la atribución de competencias directas a los entes locales en la LBRL y en los propios estatutos de autonomía.

5.1. La atribución de competencia en los nuevos estatutos

Proceso ya realizado en los nuevos estatutos de autonomía para Cataluña y para Andalucía, que dedican títulos completos al régimen local, al que reconocen y regulan en todos los aspectos señalando que ejercerán competencias en las materias que relaciona el artículo 83 del Estatuto catalán, de acuerdo con lo que dispongan las leyes. Reconociendo expresamente la autonomía local, el principio democrático para atribuir una competencia normativa municipal genérica dentro de lo que dispongan las leyes. El artículo 160 del Estatuto para Cataluña le atribuye competen-

57. Ramón MARTÍN MATEO y F. SOSA WAGNER, “50 años de Administración local”, *op. cit.*, p. 28.

58. En algunos aspectos, este incumplimiento es resaltado por el propio Congreso de los Poderes Locales y Regionales de Europa, en su Recomendación 121 (14 de noviembre de 2002), sobre la democracia local y regional en España: la legislación nacional y de las comunidades autónomas en España contiene gran número de disposiciones de detalle, que cercenan la potestad reglamentaria de las entidades locales (parágrafo 15); “recurso excesivo a la delega-

ción y a fragmentar en exceso la competencia entre los distintos escalones administrativos” (parágrafo 16). Las normas estatales y autonómicas no han reconocido en general competencias “plenas y totales”, sino intervenciones limitadas. Eso cuando no han invadido claramente terrenos y ámbitos municipalistas, vaciando cada vez más lo local. Las comunidades autónomas y a veces la propia Administración del Estado demuestran constantemente un afán de intervenir en la gestión de las políticas, en relación directa con el ciudadano.

cia exclusiva general sobre el régimen local, que al final está referida a los entes que cree la "Generalitat", sin que puedan tomarse en consideración sus letras a), b) y c) del número 1, al venir a negar el carácter bifronte del régimen local y atribuirse competencia para la determinación de las potestades y competencias locales, sus sistemas de relación y control, y el régimen de sus bienes. Sólo en el entendido que tales atribuciones se refieren a sus propias competencias cuando define el sistema competencial local general puede entenderse constitucional; en el mismo sentido, cuando interioriza por completo las relaciones de cooperación y colaboración con los entes locales. Similar camino de reconocimiento y atribución de competencias sigue el nuevo Estatuto andaluz, salvo en la exclusividad sobre la definición de las competencias sobre el régimen local, al que no se pretende interiorizar. Las redacciones de los Estatutos balear y aragonés incluyen un reconocimiento de los entes locales y de sus principios competenciales con plena referencia y respeto de la legislación de bases del Estado en la materia y omiten el régimen de lista.

En un primer comentario, con independencia de los problemas de constitucionalidad que plantea la atribución del régimen competencial, organizativo y la interiorización completa de toda relación de colaboración y cooperación con los entes locales del Estatuto catalán, aprobado por la Ley orgánica 6/2006, de 20 de julio –se opone directamente a toda la doctrina constitucional consolidada en las STC que se han citado y sólo referida a sus propias competencias en el resto de los sectores materiales puede tener cierto sentido–, por lo que se refiere a la necesaria atribución de competencias directas, se sigue el sistema de señalamiento de materias en las que ejercerán competencias de acuerdo con las leyes sectoriales vigente en los artículos 2 y 25 de la LRBL, que se limita a actualizar con la inclusión de los servicios de atención domiciliaria, el reconocimiento de la plena capacidad normativa –de acuerdo con su capacidad de gestión–, y el pleno reconocimiento de su capacidad para asociarse. Lo que no constituye novedad y, por lo que refiere a la trascendental cuestión del rango normativo de los reglamentos y ordenanzas locales, no se observa ni una línea a favor de un espacio normativo propio ni siquiera cuando se trata de materias como la regulación de los sus propios servicios deportivos y de ocio, la regulación y gestión de sus equipamientos y la prestación de servicios básicos a la comunidad. Si la doctrina esperaba grandes novedades de los nuevos estatutos en la consolidación de un concepto amplio de autonomía constitu-

cional de los entes locales, con una relación de servicios y competencias propias, incluidas fundamentalmente las legislativas, ya puede decirse que tales expectativas no se han cumplido. En el caso catalán porque se copia la fórmula de la Ley 7/1985, a la que se pretende sustituir por legislación propia, y en el resto por la expresa referencia a lo que dispongan las "bases" estatales de los entes locales. Se constata así el denunciado fracaso de una política que parece agotarse en el vicio de la reforma por la reforma, que se denuncia por García de Enterría con cita de Burke.⁵⁹

5.2. Nueva Ley de bases de régimen local

Es posible que más que de fracaso de la vía estatutaria propuesta para reforzar la autonomía local, hay que reconocer una recepción de los principios generales de la LRRL, y un compromiso de acompañar la atribución competencial con la necesaria dotación de fondos, que figura expresamente en todas las reformas estatutarias como condición del ejercicio de las denunciadas delegaciones obligatorias y otras formas de imposición; también que los redactores del Estatuto catalán están más preocupados por interiorizar a los entes locales que por reconocer su autonomía. Las posibilidades de reforma y reforzamiento de la autonomía local vuelven por entero al anteproyecto de la nueva LBRL, que junto con el régimen de atribución por remisión, puede incorporar un listado de materias y unos servicios mínimos, con la doble característica de obligatorios y reservados, que se corresponden con el núcleo básico competencial protegido por la garantía institucional de la Administración local del artículo 137 de la CE, en los que ejercer un poder normativo propio, sólo enmarcado por las leyes del Estado y de las comunidades autónomas, acompañado del reconocido poder normativo en materia tributaria y sancionadora y complementado por una cláusula general de atribución de competencias, consustancial con el reconocimiento de una personalidad plena y de una iniciativa política propia e independiente de los entes locales. El nuevo diseño de la arquitectura competencial termina con la codificación de los principios que deben regir la atribución efectiva de competencias y la participación de los entes locales en la política general del Estado y de las comunidades autónomas. Sin olvidar que se puede incurrir en mero ejercicio de lógica jurídica abstracta que termine por introducir mayor confusión, alejando definitivamente los sistemas jurídico-políticos del común de los ciudadanos y

59. *La Administración española*, Civitas, 6ª ed., 1999, p. 55.

de las demás ciencias sociales, tal como denuncia Parada Vázquez citando a Triepel.⁶⁰

5.3. Poder normativo autónomo

La autonomía hace referencia siempre a la existencia de un poder normativo con entidad suficiente para formular un ordenamiento jurídico propio; en el caso local derivado e integrado, por su carácter bifronte, en el del Estado y en el de las comunidades autónomas, bajo la superior posición de la Constitución, que es la norma suprema que preside y confiere unidad al conjunto. La existencia de un listado de competencias propias y exclusivas es consustancial a la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada, y también una exigencia del principio democrático, que preside la constitución y el funcionamiento de todos los órganos de gobierno en que se divide territorialmente el poder en la Constitución de 1978, e implica la elección democrática de sus miembros a través de una oferta o programa de gobierno, que necesariamente tiene que plasmarse en el ejercicio de competencias propias, definidas con la suficiente entidad para permitir el juego de políticas diversas que permitan identificar las distintas ofertas de los partidos políticos y, a la postre, la emisión de un juicio político sobre el ejercicio del Gobierno. Sin que por ello tenga que introducirse fórmulas de gobierno propias del Estado, como hace la Ley 57/2003, convirtiendo los plenos en pequeños parlamentos, perdiendo así sus tradicionales funciones administrativas, y las concejalías en pequeños ministerios. Aunque se trate de las grandes ciudades, eliminar las formas consolidadas de

administración y gobierno local complica y encarece la gestión, y es manifiestamente contraria a los principios de proximidad y eficacia.

5.4. Cambio de cultura política

Sin embargo, el problema quizá no esté tanto en el diseño de un modelo determinado de atribución de competencias como en la práctica política que interviene y legisla sin definir antes el rol que debe corresponder a cada gobierno territorial para alcanzar una mínima eficiencia, sin postergar la presencia municipal en todos los grandes asuntos y servicios, incluso los tradicionalmente locales. El problema no está en el “modelo”, sino en una “cultura política” y en una forma de ejercicio del poder que no confía en una gestión local. Como han escrito M. Mateo y F. Sosa Wagner,⁶¹ la descentralización local requiere un acto de fe, y puede añadirse un verdadero pacto de Estado que, junto con la nueva formulación de los principios rectores de proximidad, descentralización, participación y naturaleza de la competencia que figuran en el artículo 2 de la Ley 7/1985, y con el establecimiento de una cláusula general y de un listado de competencias, inaugure una nueva forma de legislar que entregue mayores competencias a los entes locales y mayores recursos incondicionados para hacerlas frente.⁶²

5.5. Cláusula general de competencias

El sistema de lista competencial puede complementarse con el establecimiento de una cláusula general de competencias que, como expresión del principio

60. J. R. PARADA, *op. cit.*, 50, p. 33:

“TRIEPEL HEINRICH, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974 (traducción de J. L. CARRO), de quien es el siguiente párrafo del discurso de su toma de posesión del Rectorado de la Universidad Federico Guillermo de Berlín, el 15 de octubre de 1926: ‘Los maestros de la nueva Escuela arrojan del campo de lo jurídico –al igual que el presidente del gremio expulsa a los trabajadores clandestinos del término municipal– toda idea que no pueda ser considerada como lógico-formal. El que se pueda estudiar el Derecho público con tal exclusividad metódica no ofrece duda. Sin embargo, a costa, en último término, de un empobrecimiento de nuestra ciencia, que debe pagar verdaderamente cara la gloria de la pureza metódica. Por lo demás –como muy bien ha dicho Adolf Menzel– el sincretismo metódico no es ningún crimen de jesa majestad. ¡Adónde hubiésemos llegado si hubiésemos estudiado el Derecho canónico sin Historia de la Iglesia, el Derecho mercantil sin referencia a la Economía pública y privada! Ya Pufendorf se enojaba con los profesores de Derecho público que estudiaban la Constitución alemana sin conocer las *res civiles*, esto es, la Política. Son tan aptos para sus asuntos –decía burlándose– como el asno para la música de arpa. ¡Qué diría el antiguo luchador a los más modernos estudiosos del Estado que no quieren saber nada de Política! El purismo lógico,

que excluye al Derecho del contacto con otras ciencias, que hace de él una exotérica teoría solo comprensible para los iniciados, que presenta a todas las instituciones estatales, Constitución, Parlamento, Corona, Autoadministración y muchas otras únicamente como esquemas sin sangre sin referencia alguna a su contenido ético, debe conducir necesariamente a una esterilización de la teoría del Estado y del Derecho. Esperemos que la próxima generación de nuestros publicistas, más en contacto con la vida que la última, se dirigirá con especial energía a colocar las normas del Derecho público en la más íntima relación con las fuerzas políticas que las crean y las configuran, fuerzas políticas que a su vez se ven sometidas al Derecho estatal. Tarea esta que entre nosotros se ha acometido paulatinamente y que ha Sido mejor realizada por la doctrina extranjera del Derecho público, en particular por la anglosajona.”

61. R. MARTÍN MATEO y F. SOSA WAGNER, “50 años de Administración local”, *op. cit.*, 28.

62. A tales efectos, será necesario un nuevo reparto de los impuestos del Estado –en términos de la doctrina alemana, cada vez más, impuestos comunes–, que atribuya un porcentaje a los entes locales equivalente al gasto que corresponda al nuevo nivel competencial, participando las corporaciones locales en el Consejo de Política Fiscal y Financiera.

de subsidiariedad, atribuya competencia general directa a los municipios para establecer programas de gasto en todo tipo de actividades y servicios, omitiendo por inútil y capciosa la referencia al ámbito de sus respectivas competencias, que figura en el artículo 25.1 de la LBRL vigente.⁶³ Sin incluir tampoco disposiciones que, como la vigente en la disposición transitoria 2 de la LBRL, se refieran a una supuesta competencia subsidiaria universal de ejecución para toda actividad que no se encuentre conferida por la legislación sectorial al Estado o, preferentemente, las comunidades autónomas, que no atribuye competencia alguna y viene a ratificar una posición subordinada y dependiente de los entes locales en todas las materias a que se refiere el artículo 28 de la vigente LBRL,⁶⁴ quedando sus posibles efectos a disposición de la mayor o menor permisividad expresa o tácita de las comunidades autónomas, que terminan por atribuirse la ejecución de todas las políticas para delegarlas, a continuación, en los entes locales con todo tipo de condicionamientos que encarecen la prestación de unos servicios que no cuentan con la necesaria cobertura financiera, generando en buena parte el actual déficit de los grandes municipios.⁶⁵

Con su configuración actual, el establecimiento de una cláusula general de competencias a favor del municipio, por el momento, ha traído más problemas que soluciones, al permitir la prestación de todo tipo de servicios y actividades complementarias sin contar con la necesaria financiación y cooperación del Estado o de la comunidad autónoma. El mantenimiento de esta cláusula en la futura Ley de bases del régimen local, al igual que ya figura en los estatutos reformados, tiene que fundarse en el principio de subsidiariedad y referirse a las materias relacionadas en el capítulo III, del título I, de la CE, ahora también en algunos estatutos de autonomía, como “principios rectores de la política social y económica” –artículos

39 a 52–, que se formulan como una obligación o mandato dirigido a todos sin distinción: los poderes públicos promoverán el acceso a la cultura, al medio ambiente, la salud, la vivienda, las pensiones, la promoción de la juventud, el cuidado del patrimonio, la atención al personal dependiente, y todos los mandatos que figuran en los artículos 41 a 52 de la CE, que constituyen los derechos fundamentales denominados *de tercera generación*.⁶⁶

En estos mandatos constitucionales dirigidos a todos los poderes públicos, junto con el principio de subsidiariedad que incorpora la CEAL, adquiere verdadero sentido y plena justificación la cláusula general de competencias, que reclama la doctrina con fundamento en la plena personalidad de los entes locales y en la composición democrática de sus órganos de gobierno. Así se garantiza una participación real de los entes locales en la prestación de todo tipo de servicios relacionados con los principios rectores de la política social y económica, y se supera definitivamente el concepto doméstico del “*pouvoir municipal*”; al mismo tiempo, esta atribución general entroncada y referida a estas finalidades constitucionalmente reservadas a todos los poderes públicos permiten una identificación del *interés local*, que queda objetivado facilitando la elaboración del listado o listados de competencias propias, que expresen y garanticen el contenido mínimo de la autonomía constitucionalmente garantizada. Por último, esta referencia directa a los principios del Estado social, ofrece un fundamento constitucional distinto o del contenido mínimo esencial asegurado por la garantía institucional de la Administración local.

6. Principios competenciales

El principio de autonomía constitucional de los entes locales, por sí solo, no basta para atribuir obligatoria-

63. FRANCISCO VELASCO CABALLERO, “Subsidiariedad y competencia en la reforma de los entes locales”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, julio de 2005, p. 60, Cosital, Madrid.

64. No por casualidad son un mero trasunto de una parte de las que figuran como objeto de los principios rectores de la política social y económica en los artículos 39 a 52 de la CE.

65. Valentín ESTRADA MERINO, *El sistema competencial de las entidades locales*, op. cit., 22, p. 59.

66. En cuando a su alcance efectivo, se ha discutido si se trata de verdaderos derechos o de meras finalidades que deben regir el actuar administrativo –al contrario de los verdaderos derechos fundamentales, no son exigibles ante los tribunales ni tienen un contenido esencial–, para terminar por reconocer que la propia Constitución los configura como verdaderos derechos fundamentales, cuyo reconocimiento, respeto y protección informa la legislación que los desarrolle, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sus principios traducen a mandatos concretos los auténticos valores materiales del Estado social y democrático

que establece la Constitución de 1978, y plasma el artículo 9.2 de la CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas [...] y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.” Se trata de derechos de nuevo cuño que tienen que configurarse y establecer unos contenidos nuevos, como expone el profesor Pérez Luño al hilo, precisamente, del comentario que realiza al artículo 46 de la Constitución de 1978: “Una interpretación sistemática de la Constitución induce a concluir que el sentido del artículo 53.3 no es el de negar carácter normativo a los ‘principios rectores de la política social y económica’, ni menos relegarlos a meros postulados programáticos. La correcta hermenéutica de este precepto no es otra que la del reconocimiento implícito de las singulares exigencias que requiere la implantación de los derechos fundamentales de carácter social, económico y cultural. Estos derechos precisan para su realización una función activa de los poderes públicos traducida en un sistema de prestaciones o de servicios públicos.”

mente desde la ley del Estado a favor de los entes locales un contenido determinado, al estar pensada para salvaguardar los aspectos esenciales, sin garantizar un nivel mínimo competencial. La reforma del sistema de atribución competencial que se propone en el *Libro blanco*, junto con el establecimiento de un sistema de lista,⁶⁷ incorpora los nuevos principios de la CEAL para que ejerzan de verdaderas directrices obligatorias en la asignación de competencias a los entes locales por la legislación sectorial. En primer lugar, se propone el principio de subsidiariedad formulado por el Derecho comunitario incluyendo los criterios de *proximidad* y de *eficacia* en la distribución territorial de las competencias públicas, sin perjuicio de reconocer una relación especial e implícita entre el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad, que puede ser muy relevante al determinar la intervención que corresponda a cada una de las administraciones implicadas en los casos de concurrencia normativa –limitada en nuestro caso– y en el de competencias compartidas, evidentemente, mayoritario en régimen local. Sin embargo, fiar toda la posible reforma a la aplicación de uno o varios principios normativos, sin perjuicio de otras críticas doctrinales,⁶⁸ puede conducir a la esterilidad de la pretendida reforma; mientras exista el actual “minifundismo municipal”, hay que reconocer que sólo los ayuntamientos de población superior al menos a los veinte mil habitantes pueden efectivamente ensanchar sus actividades y servicios. Para éstos, la reforma de la LBRL sí puede traer soluciones y financiación incondicionada a unas actividades y servicios *complementarios* que, por ahora, se prestan en precario.

6.1. Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, en su doble vertiente de proximidad y de eficacia, así como los criterios de flexibilidad en la atribución de las competencias municipales, se postulan como rectores de todo el sistema de atribución de competencias a los entes locales en el *Libro blanco*. Deben formar parte del concepto de

bases del régimen local y tener, en consecuencia, general aplicación, de tal manera que, como principio político jurídico básico, resulte exigible de la legislación sectorial de las comunidades autónomas, recuperando el carácter de canon de constitucionalidad, más allá de ese mínimo que asegura la garantía institucional ex artículo 137 de la CE. De acuerdo con estos criterios y principios, la legislación sectorial, junto con la regulación de los aspectos sustantivos propios de la acción pública en el ámbito de que se trate y, como cláusula de estilo, debe establecer siempre la diferente participación que corresponda a las distintas administraciones públicas. Justificando, en su caso, las razones de eficacia o los intereses que aconsejen la exclusión de los entes locales, que de ordinario deberán asumir la normal gestión de todos los servicios para los que se les atribuyan competencias en la LBRL y en los estatutos de autonomía. Sin perjuicio de los órganos generales o *ad hoc* que las leyes de régimen local de las comunidades autónomas o su legislación sectorial establezcan para asegurar la debida coordinación y la necesaria cooperación.

Como se ha dicho, es el principio central del sistema de atribución de competencias, su contemplación en la LBRL viene obligada desde el artículo 4.3 de la CEAL, sirve para justificar la actuación y la presencia generalizada del gobierno local más allá del mínimo asegurado por la garantía institucional de la Administración local, entronca con los principios constitucionales de autonomía y descentralización, y con la doctrina constitucional (STC 32/1981) sobre la *autonomía configuradora de un modelo de Estado*. Sirve a los mismos fines de descentralización y participación territorial, pero no tiene una referencia constitucional expresa en la Constitución. Su aplicación en nuestro Derecho viene obligada al figurar en la CEAL y en el artículo 5.2 del Tratado de la Unión Europea. Tiene así tanto la consideración de tratado internacional vigente como de Derecho comunitario, por lo que no puede dudarse de su obligada aplicación directa, de acuerdo con la primacía que le corresponde al ordenamiento de la Unión en sus dis-

67. FRANCISCO VELASCO CABALLERO, “Subsidiariedad y competencia en la reforma de los entes locales”, *Revista de Estudios Locales*, p. 53, número especial, julio de 2005. Cosital, Madrid.

68. J. R. PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, 50, p. 35: “Tampoco sirve de justificación para elevar a entes soberanos y ampliar las competencias de nuestros municipios esa otra pastoral europea que es la Carta de la Autonomía Local, cuando afirma que el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos, lo que se condiciona a la naturaleza de la tarea a las necesidades de la eficacia y la economía. Una génesis serena de este artículo en modo alguno premia, sino que condena, la tesis del soberanismo municipal y la prodigalidad en la atribución de competencias a los 2.992 municipios que

no llegan a dos mil habitantes, e incluidos a los 3.577 municipios de menos de quinientos; menos aún ampara, sino que también descalifica, la privación absoluta de competencias para la gestión de sus propios intereses a las provincias, también protegidas como entes locales por la Carta en cuestión. La naturaleza de los poderes y las competencias atribuidas a esos, en su inmensa mayoría, inframunicipios y la privación absoluta de competencias propias a las provincias, óptimas por su población y territorio para gestionar servicios públicos a escalas razonables hacen sarcasmo de los principios de eficacia y de economía y, por ende, de la Carta Europea.”

69. STC 208/1999, de 11 de noviembre, F 5 *in fine*:

“Ahora bien, pese a la indudable relevancia de la normativa comunitaria en esta materia, es claro que las relaciones que muy sumaria-

tintos estados.⁶⁹ Si bien es cierto que la Constitución no contempla este principio, y la vigente doctrina constitucional no lo aplica, su recepción en el Derecho interno por la vía del artículo 94 de la CE, su directa relación con el decisivo y trascendental mandato democrático que establece el artículo 9.2, y su consideración como eje del sistema de atribución competencial a los entes locales en la LBRL, obligarán, al menos, a su estudio y consideración, por la doctrina constitucional.

6.2. Diversidad, flexibilidad y supletoriedad

Se trata de repetir y actualizar la referencia a la capacidad de gestión que figura en el artículo 2 de la vigente LBRL para modular y justificar el sistema de atribución de competencias a materializar por la legislación sectorial y, en no menor medida, la asignación por tramos de población de los servicios obligatorios que la propia LBRL establece en el artículo 26, para dar una respuesta ponderada a la distinta capacidad de unos y otros municipios. Es evidente que la gran disparidad que existe entre las grandes ciudades, los municipios, por así decir medios, las pequeñas ciudades y los ayuntamientos rurales, tiene que tener efectos en la atribución de competencias y hasta en la organización básica. En el fondo, se trata de abandonar el camino abierto por la Ley 57/2003, que ha introducido obligatoriamente un parlamentarismo y un sistema de gobierno y administración municipal burocrático, convirtiendo cada concejalía en una consejería y al Pleno en un parlamento. Lo que no se corresponde precisamente con los principios de flexibilidad y supletoriedad; por el contrario, la regulación de un sistema de organización complejo es contraria a la autonomía local. Desapodera al Pleno de sus tradicionales y decisivas competencias en los asuntos trascendentales de la vida local para convertirlo en un órgano de discusión y control político, quedando reducido en cierto modo a fuente de noticias. Por otro lado, esta organización burocrática relega los tradicionales valores de proximidad y eficacia de la Administración local, entendidos como la capacidad que siempre han tenido las entidades locales para atender directamente quejas y demandas, para darles pronta respuesta con un coste organizativo y estructural mínimo. Los principios de flexi-

mente se han indicado no condicionan nuestro examen, pues éste ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta exclusivamente la distribución de competencias resultante del bloque de la constitucionalidad. En efecto, el Derecho comunitario no es canon de constitucionalidad, como reiteradamente hemos declarado (STC 132/1989, 65/1990, 28/1991, 64/1991 y 13/1998, entre otras). De suerte que la incorporación de España a las Comunidades Europeas como Estado miembro el 1 de enero de 1986 no ha modificado dicha distribución competencial. Y por ello hemos declarado desde la STC 252/1988 que la ejecución de las normas comunitarias en el ordenamiento jurídico español

bilidad y diversidad son un complemento necesario del principio de subsidiariedad –proximidad y eficacia–, están al servicio de una organización municipal menos profesionalizada y más flexible, al menos para ayuntamientos de población inferior a los cien mil habitantes, en los que carece de todo sentido la imposición de los esquemas organizativos del Estado, que en realidad tienen un coste prohibitivo como ha demostrado la deficiente aplicación de la Ley 57/2003.⁷⁰ En definitiva, las bases estatales de los entes locales deben limitarse a la regulación de los órganos necesarios estrictamente, manteniendo los esquemas tradicionales de organización y gobierno local, dejando en manos de sus plenos ultimar su organización, sin perjuicio de la legislación complementaria de la comunidad autónoma. En cualquier caso, no son la panacea que vaya a resolver los problemas del régimen local, por el contrario, salvo que la política legislativa y la doctrina constitucional los aplique para la atribución de competencias a los entes locales en la legislación sectorial, su invocación generalizada puede agotar sus significados, quedando reducidos a mera acción política.

6.3. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no es ni puede ser un mecanismo de atribución de competencias, pero resulta esencial para enjuiciar el peso o la competencia que debe corresponder a cada administración. Se forma en el Derecho europeo en materia de derechos fundamentales y se recibe por nuestra doctrina constitucional para resolver los conflictos entre derechos y libertades básicas a la hora de fundamentar las razones para un sacrificio parcial o la preponderancia de uno sobre otro. Constituye uno de los cánones jurídicos fundamentales en la doctrina constitucional en la resolución de los conflictos entre la legislación básica del Estado y la de desarrollo de las comunidades autónomas, y para justificar el objeto y alcance de la conformación de las competencias exclusivas de las comunidades autónomas por la legislación del Estado dictada al amparo del artículo 149.1.1 de la CE. Por ende, su recepción en la modificación de la LBRL resulta obligada y necesaria para el posible enjuiciamiento de conflictos competenciales, tal como se asume por la doctrina constitucional

corresponde a quien, materialmente, ostente la competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario (STC 236/1991, fundamento jurídico 9 y 79/1992, fundamento jurídico 1, entre otras). Si bien no cabe ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas tampoco se produce en el vacío (STC 102/1995, fundamento jurídico 5) y, por tanto, no sólo es útil sino también obligado para su correcta aplicación el prestar atención al modo en que una determinada institución jurídica ha sido configurada por la normativa comunitaria.”

70. J. R. PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 74.

alemana para enjuiciar el vaciamiento de competencias de las entidades locales. En el fondo, no es otra cosa que un mecanismo más de control en la concreta atribución de competencias, que inevitablemente debe servir de canon de enjuiciamiento de las distintas circunstancias que influyen en la aplicación del principio de subsidiariedad. Este principio está directamente relacionado con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que cierra las garantías directas que establece el artículo 9 de la Constitución, sirve tanto para reprochar una intervención excesiva del Estado o de la comunidad autónoma sobre el poder municipal, como para enjuiciar las normas de actuación y relación entre los poderes públicos.

7. Conclusiones y régimen de garantías

La reforma del régimen local que plantea el *Libro blanco* de julio de 2005 –cualquiera que se asuma por el Gobierno español– tendrá que superar el escollo de una Constitución que no reserva competencias a los entes locales, y de un sistema de atribución condicionado a una inevitable remisión normativa a la respectiva legislación sectorial, salvo en aquellos servicios y competencias obligatorios directamente conectados con la garantía institucional sobre los que la legislación básica pueda atribuir un poder regulador y normativo original, un núcleo o reducto normativo a respetar so pena de inconstitucionalidad por las leyes del Estado o de las comunidades autónomas que, inevitablemente, terminen por regular la materia.

Por otro lado, la atribución de competencias a los entes locales tiene que superar también la concurrencia competencial sobre las mismas materias del Estado y de las comunidades autónomas, de hecho pocas materias pertenecen en su integridad a un sólo Gobierno. Por el contrario, sobre los servicios y materias reservados al ejercicio de competencias locales, incluidos los obligatorios y los reservados, concurren competencias legislativas y de ejecución del Estado, y fundamentalmente de las comunidades autónomas (artículo 148 1 de la CE), que pueden ahogar la competencia local hasta reducirla a mera ejecución material. Sólo por esta realidad, la legislación básica del Estado está obligada a realizar una primera delimitación competencial que oriente y dirija la futura atribución de competencias *ratione materiae* por la legislación sectorial; al mismo tiempo que establece y reconoce directamente un poder normativo local sustancial, a imagen y semejanza del reco-

nocido por la doctrina constitucional en las STC 179/1989, 27/1987 y 233/1999, en materia tributaria, y en la STC 132/2001, en materia sancionadora.

No se trata tanto de reconocer o de establecer una cláusula de presunción de competencia ni de establecer una especie de vinculación negativa de la ordenanza local con respecto a la ley que, según F. Caamaño, obligaría al legislador sectorial a asumir la carga de la prueba en caso de conflicto, como de atribuir una competencia legislativa original que no pueda ser desplazada por la legislación sectorial *a radice* y que, al igual que las leyes de desarrollo de las comunidades autónomas no tienen que esperar a la formulación de las bases normativas del Estado, los ayuntamientos no necesiten la previa habilitación o autorización legislativa; al menos, en los servicios y actuaciones obligatorios y las materias que señale la LBRL como expresión de su autonomía constitucional; a estos efectos, la Ley de bases del régimen local debe regular los actuales servicios mínimos y las reservas de iniciativa pública en determinadas materias como auténticas competencias de ordenación, regulación y gestión; llegando, si es necesario, a establecer unos criterios mínimos, que permitan hasta la aprobación de normas sancionadoras, tal como figuran en el artículo 137 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003 (LMRGL).

7.1. Garantías de suficiencia financiera para el ejercicio de las competencias

Junto con la garantía de una lista de competencias mínimas y de un poder normativo indeclinable sobre los servicios obligatorios, y del reconocimiento de la participación local en todo tipo de políticas, no habrá una mayor presencia ni auténtico peso político de las entidades locales en el conjunto del Estado sin un reparto de los ingresos públicos adecuado al régimen de responsabilidades que se pretende. A tales efectos, se puede distinguir entre el régimen de financiación concreto, que puede figurar en una Ley de haciendas locales, que sin duda tendrá una posición constitucional presidida por el principio de suficiencia que establece el artículo 142 de la CE, y la conveniencia de establecer directamente en la Ley de bases los grandes principios de la financiación local en garantía de una autonomía real. Lo que implica establecer las directrices del sistema tributario propio y los mecanismos de participación en los ingresos del Estado.⁷¹ Sin una reforma de la financiación local no habrá una segunda descentralización,⁷² que se tiene que realizar

71. J. Lasarte Álvarez, que se ha superado definitivamente la concepción de la Hacienda del Estado como beneficiaria única de los grandes impuestos y de la ley del Estado como única fuente de regulación de los mismos.

72. Manuel MEDINA GUERRERO, "La articulación de la suficiencia de los entes locales", *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, julio de 2005, Cosital, Madrid.

sobre los grandes impuestos (comunes) al carecer de elasticidad los tributos locales, y corresponder al Estado la responsabilidad última de la suficiencia financiera de las haciendas locales (artículo 142 de la CE) en el marco de la hacienda general (149.1.14 de la CE); es decir, que sólo el Estado puede garantizar el imprescindible aumento de fondos que financie unas mayores competencias locales, como titular de la potestad originaria para establecer tributos y de la Hacienda general para distribuir la materia imponible y establecer el sistema tributario local. En definitiva, el coste de la financiación adicional de una segunda descentralización cae exclusivamente sobre las comunidades autónomas, directamente por mandato imperativo del artículo 142 de la CE o por el establecimiento en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera de la LOFCA de un acuerdo general Estado comunidades autónomas sobre la participación de los ayuntamientos en los grandes impuestos, evidentemente, a costa de la suya. A la vista de los antecedentes y de la manifiesta insuficiencia de los fondos de financiación local constituidos por las comunidades autónomas, no será fácil superar esta dificultad que condiciona y, por el momento, paraliza la anunciada descentralización local. Así lo ponen de manifiesto los nuevos estatutos de autonomía que, salvo declaraciones de principios (suficiencia financiera) y prohibición de asignar o delegar competencias sin financiación adicional, no establecen medidas o compromisos específicos de financiación local, salvo en el caso catalán para participar en la definición del sistema tributario local.⁷³ Sólo el nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley orgánica 1/2006, establece en el artículo 70.3 una modulación de la compensación financiera a cargo del Estado por el reconocimiento de exenciones o bonificaciones fiscales, decretando la obligación no sólo de compensar tales minoraciones sino de evitar la pérdida de las posibilidades de crecimiento futuro, en clara referencia a la supresión del impuesto sobre actividades económicas para los pequeños empresarios y negocios, recordando que sin un sistema tributario, como afirmaba Calvo Ortega, no puede existir autonomía política.

7.2. Necesaria revisión de la doctrina constitucional de la autonomía local

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la autonomía local debe entenderse no como un haz

cerrado de competencias, sino como un derecho de los entes locales a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos que les afecten, sin que puedan identificarse las “bases” del artículo 149.1.18 con la garantía institucional reconocible en el interés protegido por el artículo 137 de la CE, para confundir la garantía institucional con las bases de las administraciones públicas: STC 240/2006. La garantía institucional de la autonomía local sólo protege a los entes locales de los ataques más graves a su identidad. Es un límite a su supresión y con esa finalidad se elaboró por Carl Smichtt, para asegurar la existencia de unas entidades locales reconocibles para la conciencia social vigente en cada momento. Un concepto tan limitado de la autonomía local y de la garantía institucional no protege adecuadamente el funcionamiento de un sistema de atribución competencial necesariamente remitido a la legislación sectorial en su mayor parte.

Mientras nuestra doctrina constitucional no confiera un ámbito mayor a la garantía institucional de la Administración local que permita conjugar su aplicación con los principios que figuran en la CEAL o en la vigente LBRL, y mientras no identifique el *interés local* que figura en el artículo 137 de la CE con los intereses protegidos por los principios rectores de la política social y económica, y acepte una necesaria presencia de las entidades locales en la gestión de los asuntos públicos, con una distribución de los fondos públicos acorde con un nuevo reparto de responsabilidades a favor de los entes locales, es evidente que la definición de la autonomía local seguirá en manos de la legislación básica del Estado que puede formular unas nuevas “bases” del régimen local, al amparo de las distintas cláusulas del artículo 149.1 de la CE, que deben incluir el sistema competencial con la definición de los servicios mínimos y obligatorios, para los que puede perfectamente atribuir una competencia normativa que, al igual que la reconocida en materia fiscal y sancionadora, sólo queda sujeta al principio de reserva de ley formal, y los principios que han de regir la atribución de competencias a las entidades locales en los distintos sectores de la actividad pública, que enmarcarán la legislación de las comunidades autónomas.⁷⁴

El Tribunal Constitucional español tarde o temprano se verá obligado a resolver los inevitables conflictos entre la Ley de bases del régimen local actual o modificada, con el contenido y alcance propuestos en estas líneas, y las leyes de régimen local de las

73. La ausencia de autonomía financiera es un síntoma claro de ausencia de autonomía política, tal como advirtiera García Añoveros y reitera José Manuel TEJERIZO LÓPEZ en “Las relaciones entre los diferentes niveles del sistema tributario español a la luz de la reforma de las haciendas locales”, *Tributos Locales*, 23, mayo de 2003.

74. 28 de julio de 1981. En esta ocasión el Tribunal había señalado: “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:

comunidades autónomas que hayan asumido en sus estatutos competencia exclusiva sobre el régimen local para la definición de sus competencias y sus sistemas de control y de relación, en todo aquello en que las regulaciones autonómicas sean contradictorias con las bases estatales vigentes o con las reformadas. Por otro lado, al igual que la doctrina constitucional alemana⁷⁵ ha formulado nuevos principios de protección de la autonomía local (prohibición de cometer excesos, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y lealtad municipal) dirigidos precisamente a evitar el creciente vaciado de competencias, nuestro Tribunal deberá entrar en el problema de la vinculación de la legislación de las comunidades autónomas a los criterios y principios “básicos” hoy vigentes en el artículo 2 de la Ley 7/1985, o en la nueva formulación que figura en el anteproyecto de una nueva Ley de bases de régimen local, superándose lo que F. Velasco ha calificado de pronunciamientos genéricos, en abstracto, sobre la autonomía local que provocaron un concepto *puro* poco operativo para apreciar el alcance de una competencia local determinada.

Para terminar, si se quiere evitar que la reforma del régimen local se inserte en el proceso de reforma general y constante de la estructura del poder en España, que se manifiesta en una sucesiva modificación de los estatutos de autonomía y de las grandes leyes del Estado, que tiende a una mayor territorialización del poder, quedando en entredicho el papel mismo del Estado que parece abocado a perder definitivamente su administración –lo que merece una seria reflexión–, resulta esencial reducir forzosamente el número de ayuntamientos, y que el Estado asuma el papel que le corresponde en la formulación de unas nuevas bases locales acompañadas de un nuevo sistema de financiación que asegure una supervivencia independiente de unos entes locales con entidad para asumir y gestionar todas las actividades y servicios que prestan los grandes ayuntamientos. ■

el sentido positivo manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por 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.”

75. R. MARTÍN MATEO y F. SOSA WAGNER, “50 años en la Administración local”, *op. cit.*, p. 28.

Los derechos fundamentales en el ámbito local

1. La responsabilidad de los gobiernos locales en la protección y promoción de los derechos humanos.
 2. La ampliación del catálogo de derechos protegibles en el ámbito local.
 3. La respuesta jurisdiccional a las violaciones de derechos fundamentales imputables a los poderes locales.
 4. Epílogo: democracia local, ciudadanía y Estado social de bienestar.
- Notas bibliográficas

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Magistrado del Tribunal Supremo

1. La responsabilidad de los gobiernos locales en la protección y promoción de los derechos humanos

La Administración local se configura, desde la perspectiva institucional y competencial, como una administración cada vez más compleja, que es consecuencia de la multiplicidad de fines e intereses públicos, que está comprometida a salvaguardar, y que promueve la asunción de nuevas funciones y responsabilidades, significativamente, en el ámbito de los derechos humanos y libertades públicas.

La consagración del principio de subsidiariedad en el artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, aprobada por el Consejo de Europa el 15 de octubre de 1985, como regla jurídica de distribución de competencias entre el Estado, los entes regionales y las entidades locales, que promueve la atribución preferente a la autoridad más cercana a los ciudadanos, ha permitido reforzar la posición institucional de los ayuntamientos, impulsando las reformas legislativas para dotarlos de mayores competencias, al impulsar la legitimidad política de estas instituciones, que se ven avocadas a asumir responsabilidades públicas en aquellas actividades que se consideraron esenciales para satisfacer los derechos vitales de los ciudadanos que se desenvuelven en el ámbito de la ciudad.

La Administración local ya no puede caracterizarse esquemáticamente o de forma reduccionista como Administración “vacía”, “neutral” o “incompetente”, en relación con su posición reaccional respecto de los derechos fundamentales, que se sostendría en la tesis de que por tratarse de una función que concierne al estatuto de ciudadanía su realización está reservada al Estado, sino como “Administración garante de los derechos humanos”, porque el reconocimiento de estos derechos requiere del activo protagonismo administrativo de los ayuntamientos, como administración más cercana a las aspiraciones e intereses existenciales de los ciudadanos.

Las modalidades de respuesta de las administraciones públicas, y en particular de la Administración local, que resultan exigibles para que los derechos fundamentales y libertades públicas sean efectivos y no meramente retóricos, siguiendo la sistematización propugnada por el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, que obedece a la distinta naturaleza y estructura de los derechos humanos, se advierten en la actividad de servicio público, porque la realización de determinados derechos, como el derecho a la educación o el derecho a la salud, requiere de la implementación de una eficiente organización administrativa; en la actividad de policía, que asegura el ejercicio de derechos que se desarrollan en los espacios públicos, y en la actividad de fomento, que favorece la virtualidad de ciertos derechos, como el dere-

cho de participación política, el derecho de información o el derecho a la cultura.

Esta aproximación funcional a la actuación de la Administración local en la realización de los derechos humanos debe complementarse y actualizarse, porque la ciudad se encuentra sometida a un profundo proceso de transformación de carácter político, económico, cultural y social, derivado de la globalización, los intensos flujos migratorios hacia los núcleos urbanos, la terciarización de la economía y los avances tecnológicos, particularmente en los ámbitos de la comunicación, que modifican el ámbito de lo público, de la política, que promueve la significación de la Administración local como “Administración de derechos”, que asume directamente responsabilidades en los ámbitos de reconocimiento, promoción y defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, o como “administradores de valores”, que favorece intereses vinculados a la dignidad, la paz, la solidaridad, la convivencia y la libertad.

La relación entre autonomía local y globalidad, observa el profesor Francisco Caamaño, que tiene en cuenta los profundos cambios en las estructuras sociales, laborales, demográficas y culturales, produce un necesario replanteamiento de los modelos de “buen gobierno de la comunidad” y una superación de los esquemas centralizados y jerárquicos de decisión pública, que favorece un reequilibrio institucional del rol de los gobiernos locales capaces de actuar complementaria y concertadamente en la procura de objetivos estratégicos comunes, entre los que sin duda postulamos aquella actividad vinculada a la realización de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía, que se engarzan en la implementación de políticas públicas congruentes con la noción de libre administración de los “respectivos intereses” de la colectividad local.

Surge así la necesidad de introducir una nueva metodología y un nuevo léxico para comprender la acción administrativa de los entes locales en el ámbito de los derechos humanos, que quiebra la rigidez de los moldes del Derecho Administrativo local clásico, y que se enriquece con la incorporación de principios y valores constitucionales que promueven la reconstrucción del sistema jurídico-político del gobierno local.

El proceso de irradiación de los derechos humanos en el ámbito local reconfigura los fundamentos del Derecho Constitucional local, al proporcionarle su base axiológica, transforma los principios institucionales y jurídicos que informan el Derecho Administrativo local e incide en la misma noción de gobierno local.

El gobierno de la ciudad se asocia materialmente a las políticas de concreción de los derechos fundamentales, a las acciones locales emprendidas para

favorecer el desarrollo humano, para lograr que los derechos humanos universales e indivisibles sean realidad en el ámbito local, que permita a cada ciudadano garantizar su derecho al territorio, a su identidad local, según sostiene Giovanni Maria Flick, como expresión del patrimonio, las tradiciones, las culturas y el ambiente que modela históricamente a la ciudad como espacio convivencial.

El “desarrollo sostenible cívico de la ciudad” se vincula no ya tan sólo a las formas o modelos de urbanización, que pretenden armonizar crecimiento y desarrollo, o a las acciones medioambientales, sino a la “construcción” de la ciudad como espacio público de convivencia social, como territorio de vertebración de ciudadanos pertenecientes a nacionalidades, etnias, razas, religiones, lenguas o culturas diversas, y, en consecuencia, se anuda a las políticas de extensión de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales en el ámbito del municipio.

La gobernabilidad de la ciudad se asocia, fundamentalmente, a la gestión de las políticas públicas que favorecen la realización de los valores de libertad, igualdad y justicia social en el ámbito municipal, que coadyuvan a la integración jurídica y social de todos los habitantes sin discriminación.

La gobernabilidad urbana no puede entenderse como un ámbito vinculado al estudio del desarrollo económico local, en que la ciudad compite con el Estado en la distribución y asignación de recursos, sino como el análisis del gobierno de la ciudad como espacio sociopolítico de agregación de individuos y grupos diversos desde su perspectiva institucional y democrática, que constituye el escenario preferente de aplicación de las políticas públicas de carácter social.

La Administración local se identifica primariamente como “Administración democrática”, como gobierno de un espacio cívico, cuyo objetivo y cuya realización es promover la participación política de los ciudadanos, de los vecinos, de los residentes, en los asuntos públicos locales.

Para satisfacer de forma efectiva el derecho fundamental de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos de carácter local, se modifican las regulaciones procedimentales de toma de decisión de las corporaciones locales, a fin de oír a los ciudadanos y las organizaciones y asociaciones, se institucionalizan “los presupuestos participativos”, se convocan consultas populares en cuestiones de trascendencia que afecten a la colectividad local.

Constatamos que las administraciones locales asumen una posición determinante en la ejecución de las políticas de integración social, que promueve acciones de los ayuntamientos antidiscriminatorias, de lucha contra la exclusión social y contra la pobreza,

contra el racismo y la xenofobia, que afectan a la gestión de las áreas del urbanismo y la vivienda, la educación y la cultura, la salud y los transportes públicos.

El profesor Morell Ocaña descubre en el concepto de “Administración cercana” o “Administración de proximidad” los rasgos definidores de la Administración local, que implica la asunción de nuevos paradigmas en la gestión de los servicios públicos, y que impone una redefinición de las competencias tradicionales de los ayuntamientos, promoviendo nuevas formas de actuación.

El modelo de Administración local implantado en la Ley de bases de régimen local de 2 de abril de 1985, acotado en el reconocimiento de un núcleo mínimo de responsabilidades-competencias por relación a los asuntos más directamente vinculados a la convivencia sobre el territorio, constitutivo del acervo tradicional de la gestión municipal, como refiere el profesor Luciano Parejo, se ha visto desbordado por la praxis municipal, en la medida en que los ayuntamientos asumen “por la fuerza de los hechos” responsabilidades en la ejecución de políticas sociales, aun sin título legal habilitante, por lo que urge abordar las reformas institucionales que requiere el gobierno local para afrontar adecuadamente los desafíos de realización de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales en el ámbito de la ciudad.

Las leyes 11/1999, de 21 de abril, y 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que afrontan reformas de carácter orgánico-funcional, redistribuyendo las atribuciones entre los diversos órganos corporativos, que contribuyen a una mayor eficacia y agilidad en la gestión del gobierno local y como contrapeso a una mejora de los instrumentos de control político con la introducción de la moción de confianza, y de impulso democrático, que potencian la participación ciudadana, se revelan insuficientes, como reconoce la exposición de motivos de la Ley 57/2003, para que “los gobiernos locales afronten los complejos retos que les presentan los albores del siglo XXI”, estando pendiente, en consecuencia, la modernización del régimen local para adaptarlo en su configuración institucional a los paradigmas constitucionales de autonomía local, desde un entendimiento principialista, basado en el reconocimiento de los principios democrático-representativos, de subsidiariedad y de proporcionalidad, como propugna el profesor Javier García Roca, fundado en un concepto de autonomía local acorde con su consideración de derecho de la colectividad a la gestión de sus intereses.

La noción de “gobierno local” debe reconstruirse, con fidelidad a los valores y principios expuestos en los artículos 1, 9.2, 137 y 140 de la Constitución, aludiendo a su configuración como poder público terri-

torial de base representativa, al que se encomienda el gobierno y la administración de los asuntos que atañen a la colectividad local en aras de garantizar efectivamente los derechos de sus conciudadanos.

Esta definición de gobierno local desvela la posición institucional de los poderes locales como organizaciones dotadas de autonomía para realizar los intereses propios de la colectividad local, y permite, asimismo, determinar la finalidad básica de los entes locales, de promover la satisfacción de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los ciudadanos residentes en su territorio.

2. La ampliación del catálogo de derechos protegibles en el ámbito local

El Derecho de los derechos fundamentales constituye una parte central del Derecho local, porque, entre otros aspectos esenciales, permite precisar rigurosamente la posición institucional de los entes locales caracterizados como Administración democrática servicial de los derechos de los ciudadanos que habitan en el municipio; permite comprender el funcionamiento democrático de la corporación y exponer el estatuto jurídico de los electos locales; permite reconocer las bases constitucionales de los procedimientos de adopción de las decisiones administrativas y la realización del derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos locales, y permite explicar los límites materiales del ejercicio de las potestades ordinamentales o sancionadoras, o los fundamentos axiológicos de los servicios públicos locales.

Las bases del "Derecho Constitucional local" se formulan, en consecuencia, con base en la proyección de la parte dogmática de la Constitución en el ámbito local, que integra el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales que delimitan la actividad política y jurídica de los entes locales.

Los gobiernos locales, por su condición de poderes públicos, se encuentran sometidos en su actuación a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en el capítulo segundo del título primero, según prescribe el artículo 53.1 de la *prima lex*, en relación con el artículo 9.1.

De este modo, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados y garantizados en los artículos 14 a 38 de la norma fundamental, entre los que se incluyen el derecho de igualdad de todos los españoles ante la ley (artículo 14), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15), la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16), el derecho a la libertad individual (artículo 17), el derecho al honor (artículo 18), la libertad de circulación y el derecho a elegir residencia (artículo 19), la libertad

de expresión (artículo 20), el derecho de reunión (artículo 21), el derecho de asociación (artículo 22), el derecho de participación en los asuntos públicos y de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23), el derecho a la justicia (artículo 24), el derecho a la legalidad penal y sancionadora (artículo 25), el derecho a no ser sancionado por tribunales de honor (artículo 26), el derecho a la educación (artículo 27), el derecho de libertad sindical (artículo 28), el derecho de petición (artículo 29), así como derechos y deberes constitucionales como el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (artículo 31), el derecho de propiedad (artículo 33), el derecho al trabajo (artículo 35), la libertad de empresa (artículo 38), vinculan a los entes locales.

Pero, además, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.3 de la Constitución, informan la actuación de los gobiernos locales los principios rectores de la política social y económica reconocidos en el capítulo tercero del título primero de la Constitución, entre los que se acogen la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39), las políticas orientadas al pleno empleo y de formación y readaptación profesional (artículo 40), el derecho a la salud (artículo 43), el derecho de acceso a la cultura (artículo 44), el derecho a disfrutar del medio ambiente (artículo 45), la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico (artículo 46), el derecho a la vivienda y al urbanismo sostenible (artículo 47), los derechos de los jóvenes (artículo 48), los derechos de los discapacitados (artículo 49) y los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 51).

Las autoridades locales no sólo se encuentran comprometidas a proteger y promover el catálogo de derechos y libertades enunciados en la Constitución, porque las normas de apertura que contiene el propio texto en sus artículos 10.2 y 93 al Derecho internacional de los derechos humanos y al Derecho de la Unión Europea, promueven la incorporación de nuevos derechos de especial trascendencia para reforzar las garantías jurídicas de los ciudadanos frente a las actuaciones de las administraciones locales, que limitan las potestades coercitivas o restrictivas de los derechos individuales.

El derecho a una buena administración, consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y la Comisión Europea en su reunión de Niza de 7 de diciembre de 2000, que reconoce el derecho de toda persona a que la Administración trate los asuntos de forma imparcial y equilibradamente, ponderando todos los intereses públicos y privados afectados, dentro de un plazo razonable, y que integra, entre otros derechos procedimentales, el derecho de audiencia, el derecho de

acceso al expediente administrativo y el deber de la Administración de motivar sus decisiones, así como el principio de responsabilidad administrativa, no vincula exclusivamente a las autoridades comunitarias, sino que también se integra en el “ordenamiento de las libertades” que somete la actuación de todos los poderes públicos que ejercen jurisdicción en los estados de la Unión, entre los que se incluyen los gobiernos locales.

La actualización del Catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas proclamados en la Constitución se produce también por la interpretación integradora del ordenamiento constitucional español con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, según se desprende de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El derecho a no sufrir en el domicilio o lugar de residencia “contaminaciones acústicas” o cualquier otra injerencia nociva para la salud, que la Constitución garantiza en los derechos medioambientales reconocidos en el artículo 45, transforma su naturaleza jurídica de principio que informa la actuación administrativa a derecho fundamental, vinculado a la tutela del derecho al respeto a la vida privada y familiar que consagra el artículo 18 de la Constitución, en la cláusula del derecho a la intimidad personal y familiar y al domicilio, merced a la proyección de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expuesta en la sentencia de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra España).

Otro caso paradigmático lo proporciona la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 1991 (caso Pine Valley Developments y otros contra Irlanda), que delimita, desde la perspectiva del respeto del derecho de propiedad reconocido en el artículo 1 del protocolo adicional primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los poderes discrecionales de la Administración en el ámbito de la actividad urbanística.

En esta sentencia, el Tribunal Europeo condena la actuación de las autoridades irlandesas derivada del otorgamiento de un permiso de urbanización, por considerar que vulnera el principio de interdicción de discriminación en el goce de los derechos y libertades garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que impide las diferencias de trato injustificadas en el otorgamiento de permisos urbanísticos o en la concesión de licencias urbanísticas, al apreciar que la ausencia de motivación las hace ilegítimas y arbitrarias.

La aportación más radical al sistema local de protección de los derechos fundamentales es debida a la promulgación de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, ratificada en la

ciudad de Saint Denis el 18 de mayo de 2000, por numerosos municipios europeos, en cuyo artículo primero se proclama el derecho a la ciudad que se reconoce a todos sus habitantes para encontrar en ese espacio colectivo las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad.

En la Carta se codifican y concretizan los denominados “derechos humanos de proximidad”, dotándoles de una mayor densidad normativa, en cuanto que su contenido se delimita con mayor precisión que en otros textos internacionales de protección de los derechos humanos, y se precisan las obligaciones de los gobiernos locales en relación con la efectividad de los derechos reconocidos, entre los que se enuncian derechos políticos –derecho de participación política (artículo VIII), derecho de asociación, reunión y manifestación (artículo IX), derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo X), derecho a la información (artículo XI)–, derechos económicos y sociales –derecho a los servicios públicos de protección social (artículo XII), derecho a la educación (artículo XIII), derecho al trabajo (artículo XIV), derecho a la vivienda (artículo XVI), derecho a la salud (artículo XVII), derecho al medio ambiente (artículo XVIII), derecho a un urbanismo armónico y sostenible (artículo XIX), derecho a la tranquilidad (artículo XX), derecho al ocio (artículo XXI) y derecho de los consumidores (artículo XXII)–, y derechos de administración democrática de los entes locales.

La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad constituye una expresión de compromiso de fidelidad de las ciudades con los derechos humanos, por cuya adhesión los gobiernos locales asumen una posición de liderazgo en los procesos de transformación política, económica, social y cultural del hábitat urbano, que contribuyen a profundizar en la “democracia territorializada”, al reforzar la función de la ciudad como espacio de realización del estatuto material de ciudadanía.

La extensión de los derechos fundamentales que resultan vinculantes en el ámbito local se aprecia también desde la dimensión subjetiva, porque los gobiernos locales favorecen el reconocimiento de la titularidad de determinados derechos y libertades públicas a todos los ciudadanos, con independencia de su nacionalidad.

3. La respuesta jurisdiccional a las violaciones de derechos fundamentales imputables a los poderes locales

La jurisdicción ordinaria tiene atribuida la misión constitucional de garantizar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución.

A este respecto, el artículo 53.2 de la Constitución dispone que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”.

En el supuesto de que no se hubiese obtenido de los tribunales de justicia una respuesta estimatoria a la pretensión de declaración de violación del derecho fundamental invocado, el ciudadano puede acceder a la jurisdicción del Tribunal Constitucional mediante la interposición del recurso de amparo.

El sistema de protección de los derechos fundamentales de la persona, tras la ratificación por España del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se complementa con la facultad de los particulares de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, competente para conocer, según dispone el artículo 32 del CEDH, de las demandas por violación de los derechos reconocidos en el Convenio.

La jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan por violación de los derechos fundamentales, en relación con la actuación de las administraciones locales sujeta al Derecho Administrativo, según se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 1 y 114 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que las sentencias dictadas por juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo, que resuelven recursos contencioso-administrativos de derechos fundamentales, revisten un especial interés para conocer el grado de respeto de las autoridades locales a los derechos y libertades.

La vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, regula un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122 de la LJCA), denominado de “amparo judicial”, en el que se pueden hacer valer aquellas pretensiones que tengan como finalidad restablecer o preservar los derechos o libertades a que alude el artículo 53.2 de la Constitución, cuya tramitación reviste un carácter preferente, y que no excluye que el particular que se considere lesionado en el ejercicio de sus derechos y libertades pueda acudir al procedimiento ordinario o al procedimiento abreviado para pretender la nulidad del acto impugnado.

La legitimación activa en el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos corresponde a la persona física o jurídica que considere que se han vulnerado sus derechos fundamentales y al Ministerio Fiscal, aunque de la doctrina jurisprudencial que se desprende de las sentencias constitucionales 173/2004, de 18 de octubre, y 108/2006, de 3

de abril, excepcionalmente debe reconocerse legitimación a los concejales, en su condición de miembros de la corporación municipal, para impugnar la actuación del ayuntamiento al que pertenecen, por el interés concreto que ostentan para velar por el correcto funcionamiento de dicha Administración, en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano corporativo colegiado, no hubieren votado en contra de su aprobación, al no concurrir el supuesto de prohibición a que alude el artículo 20.a) de la LJCA.

Los motivos de impugnación que pueden ser aducidos en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, y el contenido de la sentencia estimatoria, se establecen de forma expresa en el artículo 121.2 de la LJCA, al disponer que “la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo”.

Se supera de este modo la artificiosa separación entre motivos de impugnación de “legalidad ordinaria” y motivos fundados en la infracción de los derechos fundamentales constitucionales, que informaba la derogada Ley provisional 62/1978, de 26 de diciembre, que limitaba las facultades del recurrente para acudir al procedimiento especial al impedir que el órgano judicial examinase el recurso con plena jurisdicción.

El examen de las resoluciones judiciales dictadas por los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el ámbito del procedimiento de amparo judicial, permite comprobar cuáles son las cuestiones que con mayor frecuencia se suscitan para fundar la pretensión de nulidad de la actuación de los ayuntamientos por infracción del régimen constitucional de derechos y libertades, que afectan al estatuto de los miembros de las corporaciones locales y al derecho de recabar información documental necesaria para poder ejercer responsablemente sus funciones [STS de 26 de abril de 2004 (RC 1568/1999) y de 31 de enero de 2006 (RC 6887/1996)], al estatuto de los funcionarios públicos, en relación con el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública y con el derecho de promoción profesional conforme a criterios de mérito y capacidad sin discriminación, al régimen de retribuciones y al ejercicio de la potestad sancionadora.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ofrece ámbitos de enjuiciamiento de la actuación administrativa local, que han permitido desarrollar un “acervo doctrinal” relevante sobre el respeto de las corporaciones locales a los derechos y libertades.

Destacan, a título ejemplar, los recursos de amparo, promovidos en relación con el ejercicio de la libertad de expresión y la formulación de críticas a los miembros de las corporaciones locales (STC 216/1992, de 30 de noviembre, y 19/1996, de 12 de febrero), con la ejecución de acuerdos municipales referentes a la clausura de locales o demolición de edificios por incurrir en infracciones urbanísticas (STC 181/1990, de 15 de noviembre, y 22/1984, de 17 de febrero), con el proceso electoral, la composición del ayuntamiento y la facultad de revocación del alcalde por moción de censura (STC 185/1993, de 31 de mayo, y 153/2003, de 17 de julio), y con las facultades sancionadoras y disciplinarias de las corporaciones locales (STC 16/2004, de 23 de febrero).

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta particularmente significativa la proyección del derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, que garantiza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para tutelar la “inviolabilidad del domicilio” frente a la inactividad de los poderes públicos locales en adoptar las medidas necesarias para preservar la vivienda en condiciones de habitabilidad en un entorno libre de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, que causen un deterioro grave a la salud física o psíquica de sus moradores.

Esta corriente jurisprudencial, que se inicia con la sentencia de 21 de febrero de 1990 (asunto Poweel y Rayner contra el Reino Unido), y que se confirma en la sentencia de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra España), alcanza un significativo compromiso con la salvaguarda de los derechos medioambientales y el derecho a un urbanismo armonioso y sostenible en la sentencia de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España), en que se declara la violación por el Reino de España del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, fundado en que la contaminación acústica que sufren los residentes en un barrio de la ciudad de Valencia constituía, por su intensidad, que excedía de los niveles autorizados, y por la duración temporal, al persistir durante varios años, “una fuente de agresión importante para sus habitantes”.

Nos interesa destacar de la fundamentación jurídica de esta sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el significado del “principio de efectividad” que inspira la formulación de los derechos reconocidos en el CEDH, y que obliga a los estados a garantizar de forma concreta y efectiva, y no de forma teórica o ilusoria, el derecho al respeto del domicilio y de la vida privada del demandante, formulando el reproche a la actuación municipal en los siguientes términos:

“Ciertamente, la Administración municipal de Valencia aprobó en el ejercicio de sus competencias en la materia, medidas, en principio adecuadas, con el fin de respetar los derechos garantizados, tales como la ordenanza relativa a los ruidos y vibraciones. Pero durante el período en cuestión, la Administración toleró el incumplimiento reiterado de la regulación que ella misma había establecido. Una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante, y el Tribunal debe recordar que el Convenio (RCL 1999/1190, 1572) trata de proteger los derechos efectivos y no ilusorios o teóricos. Los hechos demuestran que la demandante sufrió una vulneración grave de su derecho al respeto del domicilio debida a la pasividad de la Administración frente al ruido nocturno.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos flexibiliza las reglas referidas al *onus probandi* en el proceso destinado a garantizar el respeto efectivo de los derechos y libertades, al considerar que es innecesario y excesivamente formalista exigir a la demandante prueba de la intensidad de los ruidos padecidos en el interior de su vivienda cuando es un hecho notorio para la autoridad municipal que ha calificado esa zona urbana de “acústicamente saturada”, por la proliferación de salas de fiesta.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizada enseña que la protección de los derechos reconocidos en el Convenio debe efectuarse ponderando equilibradamente los intereses en conflicto, tomando en consideración tanto los intereses del ciudadano como los de la sociedad en su conjunto (FJ 55), de modo que habrá que justificar en cada caso que el umbral mínimo de gravedad de los agentes contaminantes se ha sobrepasado perturbando “la vida cotidiana” de la demandante para determinar si se ha producido una violación del artículo 8 del CEDH.

Este criterio de búsqueda del equilibrio requerido entre los intereses del ciudadano y de la sociedad, es el que permite al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Decisión de 6 de septiembre de 2005 (D 75287/2001) declarar inadmisibile la demanda formulada por una ciudadana residente en Cáceres contra el Reino de España por violación del artículo 8 del CEDH, imputable a la instalación de un transformador eléctrico junto a su domicilio que producía radiaciones electromagnéticas que podían considerarse perjudiciales a la salud, al estimar que el grado de injerencia, aunque ciertamente perturbador para las condiciones de vida de la demandante, no era desproporcionado en relación con la finalidad perseguida de suministrar energía eléctrica a una parte de la ciudad, al perseguir una mejora de la calidad de vida

y el bienestar económico y social de los habitantes del citado municipio.

El parámetro de legalidad para enjuiciar si la actuación de un ayuntamiento es nula de pleno derecho por lesionar los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, según prescribe el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, está conformado por el contenido del precepto constitucional que reconoce el derecho o libertad afectado conforme a la interpretación “auténtica” del mismo que resulta de las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (artículo 5 de la LOPJ), pero debe consignarse que podrá declararse, asimismo, la anulabilidad del acto administrativo cuando el Tribunal aprecie que se han violado las leyes de desarrollo del derecho fundamental invocado.

Los valores y los principios constitucionales reconocidos en los artículos 1 y 9.3 de la Constitución y los principios jurídicos informadores de las leyes de régimen local o de las leyes sectoriales que concretizan dichos valores constitucionales también pueden fundar la impugnación de una concreta actuación municipal.

Así, la alegación de infracción de principios de valor constitucional, como el principio de no-discriminación o el principio de cohesión social, pueden ser pertinentes para sostener la pretensión de anulación de un acto administrativo municipal (Decisión del Consejo de Estado francés de 22 de noviembre de 2002, resolviendo el recurso contencioso 229/92 formulado por el Ayuntamiento de Gennevilliers).

4. Epílogo: democracia local, ciudadanía y Estado social de bienestar

La idea de democracia no se reduce a las formalidades de las reglas procedimentales ni al funcionamiento de las instituciones, afirma el profesor Alain Touraine, sino que se comprende como la fuerza social y política que pretende transformar el Estado de derecho en un sentido que se corresponde con los intereses de los más desfavorecidos y que reconoce a los ciudadanos el derecho a reaccionar contra las desigualdades.

Este valor de la democracia que se condensa constitucionalmente en la cláusula del “Estado social y democrático de derecho”, se proyecta sobre los poderes públicos territoriales –ayuntamientos y comunidades autónomas– que integran el Estado, vinculando particularmente a los gobiernos locales a la realización del “mandato social”, haciendo efectivos los derechos constitucionales reconocidos, favoreciendo el desarrollo integral de la persona y la realización de los principios de “justicia material”.

Los postulados constitucionales de la “democracia local” trascienden del modelo de organización municipal y de los procedimientos de adopción de las decisiones, porque atañen como un primer presupuesto de carácter material a la vinculación del gobierno local a los derechos y libertades, en aras de cumplir el valor constitucional de respeto a la inviolabilidad de la dignidad humana y de favorecer el libre desarrollo de la personalidad, a que alude el artículo 10.1 de la Constitución, que constituyen el fundamento del orden político.

De esta noción de democracia local se desprende la imperiosa necesidad de que los gobiernos locales adopten las políticas de derechos humanos en el ámbito de sus respectivos municipios que promuevan “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, removiendo “los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, facilitando “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, consecuentes con el mandato constitucional establecido en el artículo 9.2 de la Constitución.

La noción de “democracia local”, en su significado de “democracia ciudadana”, describe a la ciudad, al municipio, como un espacio colectivo de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y, en consecuencia, de reivindicación política de derechos, como un territorio emancipador de las aspiraciones de libertad y justicia de sus ciudadanos, y, por tanto, de reconocimiento de derechos, como un lugar de realización del estatuto jurídico de ciudadanía.

Según refiere el profesor Jordi Borja, el reconocimiento de la condición de ciudadano representa un triple desafío para la ciudad y el gobierno local: de carácter político, tendente a universalizar el estatuto político-jurídico de toda la población residente en el municipio; de carácter social, vinculado a la promoción de las políticas sociales urbanas que impidan las discriminaciones que restringen el ámbito de ciudadanía; y de carácter específicamente urbano, que permite a la ciudad recobrar su identidad y sus energías cívicas.

La legitimación del poder público local en un escenario de democracia local verdadera, acogiendo la expresión utilizada por el ensayista francés Alain Touraine, es una legitimación de ejercicio, que requiere de la validación permanente de los ciudadanos de las políticas municipales, de modo que éstos ya no ocupan una posición formal o estática como sujetos destinatarios de las decisiones municipales, sino que asumen una posición activa de conformación de dichos acuerdos.

Notas bibliográficas

1.

–Sobre el significado del principio de subsidiariedad como principio jurídico que refuerza la autonomía local de los municipios y la atribución de nuevas competencias por los gobiernos locales, *vid.* José Manuel BANDRÉS, *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

–Sobre el protagonismo de la actuación administrativa para que los derechos fundamentales se hagan realidad, *vid.* Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La administración de los derechos fundamentales y su posible incidencia sobre el contenido esencial de aquéllos*, Cuadernos de Derechos Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 9 y ss.

–El impacto de la globalización sobre la estructura social y espacial de las ciudades es tratado en el ensayo de Jordi BORJA y Manuel CASTELLS, *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Taurus, Madrid, 1997.

–La cita del profesor Francisco CAAMAÑO es de su artículo “Autonomía local y Constitución: Razones para superar la causalidad pérdida”, *Anuario del gobierno local 2003*, Barcelona, 2004. *Vid.* también de este autor “Autonomía local y Constitución. Dos propuestas para otro viaje por el callejón del gato”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, enero-abril de 2004, p. 161 y ss.

–La cita del profesor Giovanni Maria FLICK es de su intervención en la Tercera Conferencia de la Carta Europea de Derechos Humanos en la Ciudad, celebrada en Venecia los días 9 y 10 de diciembre de 2002: “La Carta europea dei diritti dell’uomo nella città, nel sistema universale dei diritti umani”.

–Sobre gobernabilidad y políticas urbanas, *vid.* el ensayo de Bernard JOUVE, *Cuestiones sobre gobernanza urbana*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2005.

–La reflexión sobre la comprensión de la Administración local como Administración cercana, del profesor Luis MORELL OCAÑA puede leerse en “Los servicios de la Administración cercana”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, 292-293 (mayo-diciembre de 2003), p. 45 y ss.

–La crítica del profesor Luciano PAREJO sobre las deficiencias en la implementación del modelo de gobierno local establecido en la Ley de bases del régimen local de 1985 es extraída de su artículo “Una visión del gobierno local”, *Anuario del gobierno local 2004*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2005.

–Sobre un entendimiento principialista de la autonomía local, *vid.* Javier GARCÍA ROCA, *Un bloque constitucional conforme al principio de subsidiariedad (un desarrollo constitucional pendiente)*, y Ana María DE LA VEGA DE DÍAZ RICCI, *La autonomía local y el blo-*

que constitucional local, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2006.

2.

–Sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *vid.* Víctor FERRERES COMELLA, *Reflexiones a propósito de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2002.

–Sobre el sistema europeo de protección de los derechos humanos de la persona, pueden leerse las monografías de José Manuel BANDRÉS, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1996, y de Santiago RIPOLL CARULLA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.

–Sobre el valor jurídico de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad y su inserción en el sistema de fuentes del Derecho local, *vid.* Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad”, *Cuadernos de Derecho Local*, 2, junio de 2003, Fundación Democracia y Gobierno Local, p. 139 y ss.

3.

–Un análisis exhaustivo y riguroso del sistema de garantía de los derechos fundamentales y libertades en la Constitución y su plasmación en la jurisdicción ordinaria, puede leerse en la monografía de Marc CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, CEC, Madrid, 1995.

–Sobre la determinación del ámbito de enjuiciamiento del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, *vid.* José SUAY RINCÓN, *Procedimientos especiales. La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Estudios de Derecho Judicial, 11, CGPJ, Madrid, 1999, p. 13 y ss.

–Sobre la juridicidad del principio de cohesión social en el Derecho Urbanístico en Francia, *vid.* Jean Philippe BOUANT, “La cohesión social y el Derecho Urbanístico: Hay espacio para la regulación legal en Francia”, en *Derecho Urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*, Juli Ponce Solé (coordinador), Marcial Pons, Madrid, 2006.

4.

–Sobre la noción de democracia es imprescindible la lectura de la obra de Alain TOURAINE, *Qu’est-ce que la démocratie?*, Fayard, París, 1994.

–Sobre la definición constitucional del Estado social, *vid.* Wolfgang ABENDROTH, Ernst FOSTHOFF y Karl DOEHRING, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

–Sobre las obligaciones jurídicas que la Constitución impone a los gobiernos locales para asegurar su vinculación a los derechos fundamentales y constitucionales, resulta imprescindible leer la monografía de Juli PONCE SOLÉ, *Poder local y guetos urbanos*, INAP, Ministerio de Administraciones Públicas y Fundació Carles Pi i Sunyer, Madrid, 2002.

–La cita de Jordi BORJA es de su obra *La ciudad conquistada*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 280 y ss. ■

QDL CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

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 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.

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 1 de febrero de 2007 hasta el 30 de abril de 2007, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan del 1 de marzo de 2007 al 30 de junio de 2007.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección han sido realizadas por Domènec Sibina Tomàs; la elaboración y redacción de las fichas de las sentencias de los distintos órganos jurisdiccionales, por Eva Arnal Arasa.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. El juez que otorga la autorización de entrada en el domicilio debe comprobar que el interesado es el titular del domicilio, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria y que no se produzcan más limitaciones al derecho que las estrictamente necesarias

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de amparo se interpone contra la sentencia de 10 de marzo de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 27 de mayo de 2004 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Barcelona, autorizando la entrada y registro administrativo a la Delegación Regional de Cataluña de la Agencia Tributaria, para la ejecución forzosa de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación.

Se alega la vulneración de los derechos a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE), intimidad (artículo 18.1 de la CE), tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión (artículo 24.1 de la CE), y al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE).

El Tribunal Constitucional inadmite el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Respecto del derecho a la intimidad el Tribunal Constitucional establece:

“del artículo 18.1 de la CE invocado por el recurrente, hemos de señalar que, según STC 386/1993, de 23 de diciembre, F 7, y 137/1985, de 17 de octubre, F 2 y 3, las personas jurídicas pueden ostentar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero no se les ha reconocido así el derecho a la intimidad en los mismos términos y sin matices que a las personas naturales. [...] difícilmente resulta conciliable la lesión de dicho derecho del recurrente cuando del conjunto de las actuaciones obrantes en el procedimiento se distingue entre el recinto de la información y el acceso a la misma (*vid. a. e.* STC 144/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 144], F 8): la aprehensión de información y archivos no lesiona automáticamente dicho derecho hasta el momento en que se empieza a afectar al núcleo de ese derecho STC 292/2000, de 30 de noviembre [RTC 2000, 292], F 6) mediante la apertura de los archivos y acceso a la información conectada con la intimidad de los hermanos C., acceso que ya se encontraba amparado por el auto de 27 de mayo de 2004, que ponderó debidamente las circunstancias del caso, la proporcionalidad de la medida en atención a los fines y a los derechos fundamentales afectados. Por ello, respecto de dicho derecho, la demanda carece asimismo de contenido constitucional que justifique un pronunciamiento del Tribunal.”

Respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio el Tribunal Constitucional afirma que:

“del artículo 18.2 de la CE en los términos definidos en la STC 50/1995, de 23 de febrero, F 5, en relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, este Tribunal ha señalado que al juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse, sino que simplemente ‘debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Auto núm. 208/2007. Recurso de amparo núm. 2885/2005

FECHA: 16 de abril de 2007

PONENTE: No consta

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 18 de la CE

DOCTRINA: Al juez que otorga la autorización de entrada en el domicilio no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse. Debe comprobar que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 de la CE que las estrictamente necesarias

que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 de la CE que las estrictamente necesarias [...] precisa[ndo] aspectos temporales de la entrada’ (por todas, STC 139/2004, de 13 de septiembre, F 2. A tenor de la limitada *cognitio* de ponderación de bienes que se atribuye al juez (interés general de la actividad inspectora, e interés particular de la mercantil titular del domicilio) y a la vista de la justificación ofrecida, fundamentos jurídicos segundo a cuarto del auto de 27 de mayo de 2004 y cuarto de la sentencia de 10 de marzo de 2005, nada hay que reprochar, al respecto, a las resoluciones judiciales, en cuanto que ponderaron la necesidad e idoneidad de la medida, limitándola proporcionalmente. Por lo tanto, sobre este extremo la demanda carece manifiestamente de contenido constitucional que justifique un pronunciamiento del Tribunal.”

Por todo ello, acuerda la inadmisión del recurso de amparo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita y aplica en el mismo sentido, en materia de inviolabilidad del domicilio, las STC 50/1995 y 139/2004.

Cita y aplica en el mismo sentido, en materia de intimidad personal de las sociedades anónimas, las STC 137/1985 y 386/1993.

Tribunal Constitucional. La protección que dispensa el artículo 15 de la CE no exige la efectiva exposición al riesgo. La efectividad de la tutela constitucional no depende de la previa puesta en peligro de los factores protegidos o de la consumación de su lesión

SUPUESTO DE HECHO

Una funcionaria interina del Servicio Andaluz de Salud en situación de incapacidad temporal, por complicaciones en su embarazo, dirigió un escrito al responsable de personal del que dependía, en el que solicitó que se anulara su asignación a un puesto de trabajo que consideraba peligroso realizar en su situación de embarazo de más de seis meses y se la restituyera al puesto de trabajo anterior.

Contra la desestimación presunta de la petición interpuso un recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos de la persona. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo estimó el recurso interpuesto por considerar que el trabajo en un matadero no le era aconsejable a la Sra. H. L. por el sobreesfuerzo que conlleva y el riesgo de transmisión vertical de antropozoonosis. La sentencia establece que el Servicio Andaluz de Salud vulneró el derecho a la vida e integridad, desde la perspectiva de la capacidad potencial del acto impugnado para infringirlo.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) dictó sentencia en fecha de 3 de diciembre de 2001, estimatoria del recurso de apelación formulado por el Servicio Andaluz de Salud. En la sentencia se declara que no se ha vulnerado el derecho a la vida y a la integridad física de la Sra. H., ya que no se ha producido de hecho una situación de riesgo (al estar en situación de incapacidad laboral nunca ocupó en situación de embarazo el nuevo puesto de trabajo) y no se ha probado que la recurrente hubiera comunicado verbalmente o de otra forma su estado a las personas del entorno laboral, antes de acordarse la asignación del nuevo puesto de trabajo.

La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la CE) de la recurrente y del hijo que esperaba, así como del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), solicitando que se otorgue el amparo y se declare la nulidad de las resoluciones recurridas. El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado y, en consecuencia, reconoce su derecho a la integridad física (artículo 15 de la CE); anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), de 3 de diciembre de 2001, y declara la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Sevilla de 7 de febrero de 2001.

El magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez formula un voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional examina el ámbito de protección del artículo 15 de la CE y recuerda que:

“este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege ‘la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular’ (STC 120/1990, de 27 de junio, F 8, y 119/2001, de 24 de mayo, F 5). Estos derechos, destinados a proteger la ‘incolumidad corporal’ (STC 207/1996, de 16 de diciembre), han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo, F 5). Por otra parte, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o per-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 62/2007. Recurso de amparo núm. 1623/2002

FECHA: 27 de marzo de 2007

PONENTE: D. Javier Delgado Barrio

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 15 de la CE

DOCTRINA: La protección que dispensa el artículo 15 de la CE no exige la previa exposición efectiva al riesgo. La efectividad de la tutela constitucional no depende de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, porque ello sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la Constitución garantiza en el artículo 15 de la CE.

El voto particular sostiene que el pronunciamiento sobre lesiones de derechos meramente hipotéticas es ajeno a la función del recurso de amparo

judique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo [RTC 1996, 35], F 3), si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (STC 5/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 5], F 4, y 119/2001, de 24 de mayo [RTC 2001, 119], F 6).”

Proyecta esta doctrina sobre el caso y concluye que: “De todo lo dicho se deduce que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones sino también por omisiones de los poderes públicos, como podría ser el caso de la inactividad del Servicio Andaluz de Salud, una vez conocida la situación de embarazo de la Sra. H., constando el riesgo potencial para dicho estado de las funciones encomendadas en la Resolución de 2 de agosto de 2000.”

Pero ello:

“no implica situar en el ámbito del artículo 15 de la CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud, y en concreto para el desarrollo sin trastornos peligrosos de la gestación, pero sí supone admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental que aquí se invoca.”

Al examinar las actuaciones por omisión, afirma:

“Precisamente por esa razón, para apreciar la vulneración del artículo 15 de la CE, en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, STC 221/2002, de 25 de noviembre, F 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, F 4, entre otras).”

El problema del caso deriva de que el Tribunal Constitucional, una vez afirma que no se declara probado el conocimiento del embarazo por la Administración en el momento en

que dictó el acto inicial, procederá a anular dicho acto, al dar validez a la sentencia dictada por el juez de lo contencioso de 7 de febrero. Ello lo hará en base a la reclamación de 7 de agosto de 2000, que tuvo, dice el Tribunal Constitucional, un efecto aparejado incuestionable y constitucionalmente decisivo: el conocimiento por parte de la Administración de que estaba comprometido un factor protegido (el embarazo de la trabajadora) y que, por consiguiente, de mantenerse las funciones asignadas a la actora en el matadero de Coria del Río, podían ponerse en peligro derechos consagrados en el artículo 15 de la CE.

Como pone de manifiesto el voto particular, eso no debería provocar la nulidad del acto sobre el que se formula la reclamación, dado que es en el momento de reclamar su anulación cuando se pone en conocimiento de la Administración la existencia del embarazo.

Para el Tribunal Constitucional:

“la inactividad administrativa a partir del conocimiento de dicho dato, permaneciendo pasiva desde aquella fecha sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales invocados, como seguidamente indicamos.”

Y concluye:

“Por lo demás, aunque no conste que se actualizara como consecuencia del acto administrativo ningún tipo de lesión física o de cualquier otra índole, debe declararse vulnerado el derecho de la recurrente, sin que pueda oponerse a la protección que dispensa el artículo 15 de la CE una inconcebible exigencia de previa exposición efectiva al riesgo, como se derivaría de la argumentación de la Administración (que afirma no haber tomado medidas a la espera de la reincorporación de la trabajadora tras su baja laboral). Ese planteamiento equivaldría a hacer depender la efectividad de la tutela constitucional de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la Constitución garantiza en el artículo 15 de la CE.”

El voto particular del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez recuerda que:

“hemos advertido también que la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente puede tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres (STC 229/1992, de 14 de diciembre, F 3, y 214/2006, de 3 de julio, F 6). Sería, pues, dudosa la validez constitucional de decisiones de la Administración que tomaran en consideración la situación de embarazo de una funcionaria a su servicio sin que ésta la hubiera hecho valer. Desde este punto de vista es, pues, indudable que el acto administrativo de 2 de agosto de 2000 no pudo vulnerar el derecho de la recurrente a la integridad física. Y si no lo vulneró no se ve razón para exigir a la Administración que lo anulara.”

Tampoco podría entenderse vulnerado, dice el magistrado que emite el voto particular, el derecho de la demandante a la integridad física por el silencio o inactividad de la Administración, enterada ya de la situación de la recurrente. Argumenta que:

“Para ello habría sido preciso que tal inactividad o silencio hubiese supuesto la exigencia de la realización efectiva de las nuevas funciones encomendadas a la funcionaria. Pero ello no ha sucedido [...]. La determinación de si la circunstancia de encontrarse la recurrente en situación de incapacidad temporal justificaba el silencio de la Administración ante la ‘reclamación previa’ o la cuestión de si cuando aquélla promovió el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento

especial para la protección de los derechos fundamentales había transcurrido el plazo para resolver sobre la misma (lo que es más que dudoso, a la vista del artículo 42.3 de la LRJ-PAC, si, como se deduce de la tesis que patrocina la demanda de amparo, dicha reclamación no debiera reputarse como un recurso administrativo), al igual que la relativa al sentido estimatorio o desestimatorio que cabía atribuir al silencio, son cuestiones de simple legalidad ordinaria, ajenas a la jurisdicción de amparo (STC 243/2006, de 24 de julio). [...] La sentencia de la mayoría se pronuncia, pues, sobre un lesión meramente hipotética [...]. El pronunciamiento sobre lesiones de derechos meramente hipotéticas es ajeno a la función del recurso de amparo, que está al servicio (artículo 41.3 de la LOTC sólo y exclusivamente, de la resolución sobre pretensiones ‘dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos’ (STC 110/2000, de 5 de mayo, F 3) y no para oponerse a lesiones meramente posibles o hipotéticas (ATC 235/2004, de 8 de junio).”

Concluye haciendo suya una observación del ATC 57/2007, de 26 de febrero (F 3), a cuyo tenor:

“no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 15 de la CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita y aplica en el mismo sentido, sobre el alcance y contenido del derecho fundamental a la integridad física, las STC 35/1996, 119/ 2001 y 5/2002.

Tribunal Constitucional. El incumplimiento por parte del propietario del vehículo del deber de identificación del conductor que comete la infracción, al hacerlo de manera imprecisa o sin fundamento, pueda ser valorado también en contra del propietario. En consecuencia, puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios, a partir de los que es posible inferir la culpabilidad del propietario

SUPUESTO DE HECHO

La recurrente en amparo recibió la notificación de la resolución que advertía de la incoación de un expediente sancionador como consecuencia de que un radar detectara que el vehículo de su propiedad circulaba a 132 km/h, teniendo limitada la velocidad a 80 km/h, y concedía plazo para alegaciones. En esa notificación se comunicaba que, caso de no ser el propietario el conductor del vehículo denunciado, tenía la obligación de identificarlo.

La recurrente se opuso al expediente sancionador y advirtió no recordar "haber conducido el vehículo en la fecha y lugar de la denuncia, siendo conducido por don Jon Andoni A. F., con DNI [...] 379-A, y ello con el fin de quedar exonerada de toda responsabilidad en relación con la obligación, por debidamente cumplida, de identificar al conductor responsable de la supuesta infracción".

Por Resolución de 4 de julio de 2002 se desestiman las alegaciones presentadas y, confirmando los hechos imputados y la calificación jurídica anunciada en su momento, se sanciona a la recurrente con multa de 420,71 euros.

Contra la anterior resolución, la recurrente en amparo interpuso un recurso de alzada, que fue desestimado. Contra esta nueva resolución, la recurrente interpuso un recurso contencioso-administrativo negando una vez más, sólo que ahora como único motivo de impugnación, su participación en los hechos sancionados. En el recurso subrayaba la falta de pruebas de cargo suficientes para destruir su derecho a la presunción de inocencia y el hecho de haber cumplido con el deber de identificación del conductor que le incumbía.

Mediante sentencia de 18 de junio de 2003, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao acordó desestimar el recurso y confirmar las resoluciones impugnadas, al estimar suficiente la actividad probatoria de cargo y negar también, de acuerdo con lo alegado por la Administración, que la sola indicación del nombre, apellidos y DNI del conductor fuera bastante para entender cumplido el deber de identificación a que obliga el artículo 72.3 de la Ley de seguridad vial sin que, además, la recurrente hubiera aportado tampoco elemento de prueba alguno que confirmara ese extremo.

La demandante de amparo solicita la anulación de la citada sentencia de 18 de junio de 2003 por vulnerar su derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE. Al igual que ya hiciera en la vía judicial, la recurrente insiste en que la Administración ha ignorado por completo la identificación que por dos veces hizo del conductor supuestamente responsable, y ha decidido no obstante sancionarla sin más prueba de cargo que la que proporciona ser la propietaria del vehículo; una prueba rigurosamente insuficiente a su juicio y, por tanto, incapaz por sí sola de desvirtuar válidamente el citado derecho constitucional.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional afirma que:

"el dato de la titularidad del vehículo con el que se cometió la infracción no es por sí solo suficiente para concluir directamente, sin más pruebas de cargo, que el propietario fuera también su conductor en el momento de cometerse la infracción (STC 219/1988, de 22 de noviembre, F 3) [...]. Ahora bien, que esto sea efectivamente así no significa que al propietario le baste negar simplemente ser el conductor en el momento de cometerse la

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 63/2007. Recurso de amparo núm. 4853/2003

FECHA: 27 de marzo de 2007

PONENTE: D. Roberto García-Calvo y Montiel

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 72.3 de la Ley de seguridad vial y artículo 24.2 de la CE

DOCTRINA: El dato de la titularidad del vehículo con el que se cometió la infracción no es por sí solo suficiente para concluir directamente, sin más pruebas de cargo, que el propietario fuera también su conductor en el momento de cometerse la infracción. Ahora bien, que esto sea efectivamente así no significa que al propietario le baste negar simplemente ser el conductor en el momento de cometerse la infracción, para colocarse en forma automática bajo el ámbito de aplicación del artículo 72.3 de la LSV, ni, menos aún, para quedar descargado de toda responsabilidad respecto de los hechos denunciados.

Nada impide tampoco que el incumplimiento del deber de identificación, tanto si es evidente o burdo, como si trata de disfrazarse de forma más sutil, pueda ser valorado también en contra del propietario y, en consecuencia, aunque no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los que es posible inferir la culpabilidad

infracción para colocarse en forma automática bajo el ámbito de aplicación del artículo 72.3 de la LSV ni, menos aún, para quedar descargado de toda responsabilidad respecto de los hechos denunciados, de modo que la Administración, para corregir la infracción de tráfico cometida, sólo pueda ya dirigirse al conductor supuestamente responsable, siguiendo las indicaciones del titular del vehículo o, en su defecto, incoar al propietario expediente sancionador por infracción del mencionado artículo 72.3 de la LSV, si considera que la identificación que ha hecho no es correcta."

El Tribunal Constitucional recuerda que la obligación de identificar que contempla el artículo 72.3 de la LSV se configura legalmente como un deber de colaboración del titular de un vehículo con la Administración en la identificación del conductor supuestamente responsable, que es inherente al hecho de ser propietario (STC 197/1995, de 21 de diciembre, F 8), pero afirma que:

"Pero nada impide tampoco que ese incumplimiento del deber de identificación, tanto si es evidente o burdo, como si trata de disfrazarse de forma más sutil, pueda ser valorado también en contra del propietario y, en consecuencia, aunque no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir

como conraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los que es posible inferir la culpabilidad. [...] esta interpretación no es sólo la que mejor responde a la concepción de carga del administrado que caracteriza el mencionado deber legal de identificar, es que, además, admitir lo contrario supondría reconocer que la tarea de averiguación del sujeto responsable de la infracción de tráfico denunciada (que es obviamente el fin al que se ordena el requerimiento de identificación y el consecuente deber del propietario de identificar al conductor responsable) estuviera reñida con las posibilidades de la Administración para sancionar al verdadero infractor.”

El Tribunal Constitucional concluye que no se puede admitir que el deber de identificación no sea en rigor una carga y sí, en cambio, una prerrogativa del titular del vehículo: una auténtica opción para seleccionar el tipo sancionador que más le conviene en el caso, escogiendo entre soportar el anunciado inicialmente en el expediente sancionador o el previsto en el artículo 72.3 de la LSV. Y deriva las siguientes consecuencias:

“Por consiguiente, conforme ya avanzáramos en la STC 154/1994, de 23 de mayo, en un asunto semejante, bien que a propósito entonces de lo que preveía el artículo 278.II del anterior Código de Circulación, la titularidad del vehículo con el que se cometió la infracción y el cumplimiento incompleto, impreciso o esquivo del deber de identificar son elementos de cargo suficientes, entre otros, para destruir conjunta y válidamente la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24.2 de la CE. Con todo, una última precisión es oportuna. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia que aquí interesa, para que esa prueba indiciaria sea admisible constitucionalmente es preciso, no obstante, que el enlace entre esos indicios, plenamente probados, y la participación del propietario del vehículo en los hechos denunciados se infiera a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución admi-

nistrativa. Una exigencia de motivación que, además, es particularmente rigurosa, conforme este Tribunal ha advertido en una jurisprudencia unánime dictada a propósito de la prueba indiciaria en el orden penal, pero que es aplicable igualmente al Derecho Administrativo sancionador, y que recuerda la más reciente STC 340/2006, de 11 de diciembre) (F 4), en supuestos como el que ahora consideramos en el que el elemento subjetivo de la infracción ha de inferirse a partir de indicios. Pues el mayor subjetivismo de la prueba indiciaria obliga, como consecuencia lógica, a extremar el rigor en la exigencia de la garantía formal de que el razonamiento efectuado por la Administración conste expresamente en su resolución sancionadora, ya que sólo así podrá verificarse si formó su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y que ninguno de los elementos constitutivos de la infracción se ha presumido en contra del denunciado.”

La conclusión final del Tribunal Constitucional es:

“En el caso concreto establece la Administración ha probado que la infracción de tráfico se cometió con el vehículo de la recurrente y que su repuesta al requerimiento de identificación recibido fue, además de inconsistente y esquivia, incompleta, la sanción controvertida es, con arreglo a las exigencias que impone el artículo 24.2 de la CE, irreprochable constitucionalmente, habida cuenta que tales elementos de cargo son efectivamente suficientes, aunque mínimos, para enervar el derecho a la presunción de inocencia.”

El Tribunal Constitucional desestima la demanda y deniega el amparo solicitado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita y aplica, en el mismo sentido, la STC 154/1994, en relación con el alcance del deber de comunicar el conductor que cometió la infracción con el vehículo propiedad del imputado.

Tribunal Constitucional. Los actos recurridos en tiempo y forma en la vía administrativa, sin haber obtenido una primera respuesta expresa, son susceptibles de recurso haya transcurrido el tiempo que sea. La Administración pública no puede, en este caso, alegar que el recurso es extemporáneo por haberse interpuesto una vez ha transcurrido el plazo legalmente establecido para recurrirlos, a contar desde el momento en que se han producido los efectos del silencio administrativo negativo

SUPUESTO DE HECHO

El demandante de amparo formuló un recurso de reposición el 27 de febrero de 1989 contra la decisión de la Diputación de Tarragona (comunicada por carta de fecha 31 de octubre de 1988) de imposición al recurrente del pago de precios públicos por la asistencia a su madre en una residencia de ancianos de Reus desde el mes de diciembre de 1988. La Diputación desestimó dicho recurso por Acuerdo de 5 de mayo de 1989, que no consta notificado al recurrente.

El 9 de diciembre de 1997 el demandante de amparo interpuso un recurso de reposición contra la diligencia de embargo por importe de 1.538.296 pesetas, dictada en el procedimiento de apremio del expediente núm. 94/34092, incoado por la Diputación de Tarragona por falta de pago de las mensualidades de precio público de diciembre de 1988 a diciembre de 1991 por la asistencia a la madre del recurrente en la residencia de ancianos de Reus, diligencia que fue publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona* núm. 259, de 11 de noviembre de 1997.

El 20 de enero de 1998 el demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición presentado contra la referida diligencia de embargo. Por sentencia de 20 de

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 63/2007. Recurso de amparo núm. 4853/2003

FECHA: 27 de marzo de 2007

PONENTE: D. Roberto García-Calvo y Montiel

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

DOCTRINA: Los actos recurridos en tiempo y forma en la vía administrativa, sin haber obtenido una primera respuesta expresa, y los dictados para su ejecución forzosa, son susceptibles de recurso haya transcurrido el tiempo que sea, sin que la Administración pública pueda oponer que son extemporáneos por haberse interpuesto una vez ha transcurrido el plazo legalmente establecido para recurrirlos, a contar desde el momento en que se han producido los efectos del silencio administrativo negativo

febrero de 2004, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró inadmisibles el recurso contencioso-administrativo, al entender que fue interpuesto fuera del plazo legalmente establecido, tras haberse producido los efectos del silencio administrativo negativo.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado y reconoce su derecho a la tutela judicial efectiva; declara la nulidad de la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de febrero de 2004 y ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sentencia impugnada contiene un fallo que equivale a un pronunciamiento de inadmisibilidad que cierra el acceso del demandante al enjuiciamiento jurisdiccional de la inactividad administrativa, en relación con su solicitud de reintegro de las cantidades que le fueron embargadas por la Diputación de Tarragona por falta de pago de las mensualidades de precio público de diciembre de 1988 a diciembre de 1991 (por un concepto cuya improcedencia había declarado la propia Sala en una sentencia precedente respecto de otros períodos reclamados por el recurrente). La Sala no entra en el fondo de la cuestión planteada por el demandante al entender que el recurso contencioso-administrativo fue interpuesto fuera del plazo legalmente establecido, tras haberse producido los efectos del silencio administrativo negativo.

El Tribunal Constitucional afirma que:

“tiene reiteradamente señalado que el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que en estos supuestos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales ‘que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver’ [por todas, STC 6/1986, de 21 de enero, F 3.c); 204/1987, de 21 de diciembre, F 4; 180/1991, de 23 de septiembre, F 1; 294/1994, de 7 de noviembre, F 4; 3/2001, de 15 de enero, F 7; 188/2003, de 27 de octubre, F 6; 220/2003, de 15 de diciembre, F 5, y 186/2006, de 19 de junio, F 3]. Por ello, este Tribunal tiene declarado que resultan contrarios al artículo 24.1 de la CE los pronunciamientos judiciales de inadmisión por extemporaneidad fundamentados en que se considere la existencia de una resolución administrativa expresa dictada fuera de plazo sólo como un acto confirmatorio de lo ya resuelto de manera consentida y firme por silencio administrativo, en tanto que supone una interpretación irrazonable deducir del comportamiento pasivo de quien recurre, derivado de la propia inactividad de la Administración, un consentimiento con el contenido de un acto administrativo que fue impugnado (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, F 6; 220/2003, de 15 de diciembre, F 5, y 321/2006, de 20 de noviembre, F 2). Más concretamente debemos precisar que la cuestión suscitada en el presente asunto es sustancialmente idéntica a la resuelta en las citadas STC 188/2003, de 15 de diciembre, y 220/2003, de 15 de diciembre (relativas a liquidaciones tributarias recurridas en tiempo y forma en la vía administrativa sin haber obtenido una primera respuesta expresa a tales recursos; y en que, ello no obstante, años después, la Administración requirió en apremio el pago de tales liquidaciones por no haber impugnado en tiempo y forma el silencio administrativo negativo), cuya doctrina resulta plenamente aplicable al caso que ahora nos ocupa. Así, en efecto, en la STC 220/2003, F 4, advertíamos que ‘si bien es cierto que la previsión del artículo 58.2 de la LJCA/1956 puesta en relación con

la del artículo 94 de la LPA/1958 puede dar lugar, desde el plano de la estricta legalidad, a diferentes y variadas interpretaciones, también lo es que los órganos judiciales, asumiendo como correcta la práctica del Ayuntamiento demandado de comunicar al interesado en el primer acto del procedimiento de gestión tributaria toda la sucesión de recursos que durante el mismo pueden tener cabida, han ido a elegir la interpretación de la normativa aplicable menos respetuosa para la efectividad del derecho fundamental en juego, sin tener en cuenta ninguno de ellos que existe, en todo caso, la obligación legal para la Administración de resolver expresamente las peticiones o recursos de los ciudadanos y, en consecuencia, el derecho de éstos a recibir una respuesta expresa a sus peticiones y recursos.”

Al proyectar la doctrina en el caso concreto, el Tribunal Constitucional concluye que:

“Como quedó expuesto en los antecedentes de la presente sentencia, dicho procedimiento de apremio trae causa de la decisión de la Diputación de Tarragona (comunicada por carta fechada el 31 de octubre de 1988) de exigir al recurrente del pago de precios públicos por la asistencia a su madre en una residencia de ancianos desde el mes de diciembre de 1988, decisión contra la que aquél formuló un recurso de reposición el 27 de febrero de 1989, desestimado por Acuerdo de la Diputación de 5 de mayo de 1989, si bien dicho Acuerdo no consta notificado al recurrente, lo que equivale, a los efectos que nos ocupan, a la falta de respuesta expresa al mismo. Por otra parte, la Diputación no resolvió sobre el recurso de reposición presentado por el recurrente el 9 de diciembre de 1997 contra la diligencia de embargo publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona* el 11 de noviembre de 1997. Siendo esto así, es claro que la declaración de extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo que se contiene en la sentencia impugnada no puede considerarse como una respuesta respetuosa del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, pues, de acuerdo con la doctrina expuesta en las citadas STC 188/2003, F 5, y 220/2003, F 4, al haber incumplido la Diputación de Tarragona su deber de resolver de forma expresa el recurso de reposición formulado contra el acto de imposición del pago del precio público, hay que entender que ese acto expreso de ejecución que es la diligencia de embargo, contra la que también ha reaccionado el recurrente (incumpliendo de nuevo la Administración su obligación de resolver), implica al mismo tiempo una desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el acto inicial del que trae causa, que no puede entenderse consentido y, en consecuencia, reabre los plazos legales de impugnación también de dicho acto, lo que determina que la diligencia de embargo dictada y publicada por la Diputación de Tarragona habilita al recurrente no sólo a impugnar dicha diligencia por los vicios que pudieran serle imputables, sino también la reclamación inicial de precios públicos de la que trae causa, tanto por motivos formales como materiales.”

El Tribunal Constitucional procede a otorgar el amparo solicitado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita y aplica en el mismo sentido, sobre el carácter del silencio administrativo negativo, las STC 3/2001, 188/2003, 220/2003 y 321/2006.

Tribunal Constitucional. Las situaciones de concurrencia competencial sobre un mismo espacio físico han de resolverse, en primer lugar, acudiendo a técnicas de colaboración y concertación. Para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra

SUPUESTO DE HECHO

Los artículos 64.1 y 79.2 y la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las directrices de ordenación territorial de las Islas Baleares y de medidas tributarias, establecen:

Artículo 64.1.

“Sin perjuicio de lo que se establece en los artículos 47 y 50 de esta Ley y por lo que se refiere a las infraestructuras aeroportuarias, no se autorizarán, fuera de la actual delimitación de la zona de servicios, nuevas infraestructuras aeronáuticas, públicas o privadas, si no es para mejoras ambientales, protección civil o interés militar.”

Artículo 79.2.

“El Gobierno de las Islas Baleares deberá emitir un informe vinculante, previamente a la aprobación de un plan de la Administración General del Estado o de sus entidades autónomas, siempre que éste tenga incidencia en el territorio de las Islas Baleares, sobre la conformidad del plan con estas directrices.”

Disposición adicional vigesimosegunda.

“Los instrumentos de ordenación territorial para la isla de Formentera, en uso de la competencia exclusiva de la comunidad autónoma en materia de ordenación del territorio, incluido el litoral en el ámbito de las Islas Baleares, determinarán los elementos, las características y las circunstancias físicas que deban concurrir para que un bien pueda ser incluido como uno de los que integran la ribera del mar.”

El Gobierno formula un recurso de inconstitucionalidad contra estos tres preceptos y el Tribunal Constitucional los declara inconstitucionales y nulos (el artículo 64.1, en cuanto al carácter vinculante del informe previsto).

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurso se plantea por el Estado exclusivamente por motivos competenciales.

En relación con el artículo 64.1 de la Ley balear 6/1999, se plantea así, señala el Tribunal Constitucional, un problema de colisión:

“entre dos títulos competenciales materialmente distintos y sobre los que, respectivamente, ostentan competencia exclusiva el Estado y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Por un lado, se encuentra la competencia del Estado en materia de aeropuertos de interés general del artículo 149.1.20 de la CE, competencia exclusiva, con el alcance que a dicha competencia se dio en la STC 68/1984, de 11 de junio, y que se halla aquí contrapuesta a la asimismo exclusiva competencia autonómica sobre ordenación del territorio, incluido el litoral, del artículo 10.3 del Estatuto de autonomía de las Islas Baleares. Se trata, en definitiva, de una cuestión sobre la que reiteradamente se ha tenido que pronunciar este Tribunal Constitucional en precedentes procesos: la que suscita la concurrencia en un mismo espacio físico situado en el territorio de una comunidad autónoma de competencias del Estado y de la comunidad autónoma derivadas de títulos jurídicos distintos (STC 77/1984, de 3 de julio, puertos; 56/1986, de 13 de mayo, defensa; 227/1988, de 29 de noviembre, plan hidrológico; 149/1991, de 4 de julio, costas; 36/1994, de 10 febrero, mar Menor; 61/1997, de 20 de marzo, Ley del suelo; 40/1998, de 19 de febrero, puertos de interés general; 149/1998,

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 63/2007. Recurso de inconstitucionalidad núm. 3165/1999

FECHA: 1 de marzo de 2007

PONENTE: D. Pablo Pérez Tremps

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 10.3 de la Ley orgánica 2/1983, de 25 de febrero, que aprueba el Estatuto de autonomía de las Islas Baleares, y los artículos 64.1 y 79.2 y la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las directrices de ordenación territorial de las Islas Baleares y de medidas tributarias

DOCTRINA: Las situaciones de concurrencia competencial sobre un mismo espacio físico han de resolverse, en primer lugar, acudiendo a técnicas de colaboración y concertación. Para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra

de 2 de julio, Ley de ordenación del territorio del País Vasco; 164/2001, de 11 de julio, régimen del suelo y valoraciones; 204/2002, de 31 de octubre, aeropuertos de interés general; 14/2004, de 12 de febrero, Ley aragonesa de ordenación del territorio). En las citadas sentencias se recoge una ya consolidada doctrina constitucional en virtud de la cual las situaciones de concurrencia competencial sobre un mismo espacio físico han de resolverse, en primer lugar, acudiendo a técnicas de colaboración y concertación. [...] Ahora bien, también hemos establecido que, para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra. [...] En este sentido, hemos declarado que el Estado tiene competencias que pueden incidir de manera importante sobre el territorio, cual es el caso de la competencia sobre puertos y aeropuertos, y que no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una comunidad autónoma. Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace o, al menos, así lo entiende el constituyente un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas.”

Los parámetros derivados de la doctrina constitucional son dos: en primer lugar, la previsión de adecuadas técnicas de cooperación que permitan llegar a una solución satisfactoria para los intereses de las partes en conflicto, dado que resulta obliga-

do para los titulares de los mismos tratar de integrarlas mediante los diversos instrumentos de colaboración y cooperación; en segundo lugar, y para el caso de que ello no sea posible, la determinación de cuál de las competencias en presencia haya de considerarse prevalente. El precepto impugnado, en opinión del Tribunal Constitucional, no supera ese doble canon de constitucionalidad y declara que el artículo 64.1 es contrario al orden constitucional de distribución de competencias, al vulnerar las competencias del Estado en materia de aeropuertos de interés general, siendo, por ello, inconstitucional y nulo.

El artículo 79.2 de la Ley 6/1999 plantea los mismos problemas, es decir, impide el ejercicio de las competencias estatales de cualquier naturaleza que impliquen el uso del suelo en la comunidad autónoma, al someter dicho ejercicio a lo que al respecto se indique en un informe vinculante emitido por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Para el letrado de la comunidad autónoma se trata únicamente de extraer las consecuencias legales de la vinculación de todas las administraciones públicas, incluida la estatal, actuantes en las Islas Baleares al contenido normativo de la Ley 6/1999. Añade que la utilización de esta técnica ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, citando al respecto la STC 149/1991, de 4 de julio, sin que nada impida que el carácter desfavorable del informe conlleve la apertura de un trámite de consulta, si bien teniendo presente que la decisión definitiva acerca de la aplicación de la Ley 6/1999 corresponderá al Gobierno de las Islas Baleares.

El Tribunal Constitucional establece que:

“las directrices, en cuanto instrumento para establecer el planeamiento territorial de la comunidad autónoma, forman parte del ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos por imperativo del artículo 9.1 de la CE, de modo que el Estado, en principio y como regla general, tendrá que conformar los actos que pretenda realizar al planeamiento existente haciendo compatibles sus planes y proyectos con la ordenación territorial de la comunidad autónoma. Ahora bien, este Tribunal ya ha puntualizado que el ejercicio de la competencia autonómica sobre ordenación del territorio no puede impedir el ejercicio de otras por el hecho de que incidan en la misma, resultando obligada la utilización de técnicas de colaboración para evitar los conflictos que pudieran surgir y llegar a una solución concertada de las posibles discrepancias. De esta forma debemos analizar si el sistema de coordinación establecido en el precepto impugnado, a través de un informe vinculante de la comunidad autónoma relativo a la conformidad de los planes estatales con las directrices de ordenación territorial autonómicas, respeta el orden constitucional de distribución de competencias o, por el contrario, del establecimiento de este régimen de coordinación lo que resulta es una invasión de las competencias estatales.”

La utilización de la técnica del informe vinculante prevista en el artículo 79.2 impugnado supone, en la práctica, que los planes estatales con incidencia territorial quedan condicionados y sometidos al informe que emita la comunidad autónoma, de forma que la aprobación de un plan de la Administración General del Estado o de sus entidades autónomas, aun cuando se realice en el ejercicio de competencias estatales exclusivas, se convierte, de hecho y por aplicación de la mencionada técnica, en un acto compuesto en el que han de concurrir dos voluntades distintas, puesto que no sería posible llevar a la práctica las concretas determinaciones del plan estatal sin atenerse al contenido del informe emitido por la comunidad autónoma. El Tribunal Constitucional concluye:

“En suma, la técnica arbitrada en el artículo 79.2 de la Ley 6/1999, en la medida en que determina con carácter general el sentido de la resolución final que adopte el Estado en el ejerci-

cio de sus competencias, supone una limitación de las competencias estatales que va más allá del derecho que asiste a la comunidad autónoma a intervenir o participar en la elaboración de los proyectos o planes estatales y no encuentra amparo en la competencia exclusiva autonómica sobre ordenación del territorio y del litoral. Por todo ello, al no asegurar la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico e imponer la subordinación de unos a otros, el carácter vinculante del informe previsto en el artículo 79.2 de la Ley 6/1999 es contrario al orden constitucional de competencias.”

La disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 6/1999 tiene como destinatarios los instrumentos de ordenación territorial para la isla de Formentera, los cuales, en virtud de la específica habilitación legal, deberán realizar dos operaciones diferenciadas previstas en cada uno de los dos párrafos de la disposición impugnada: determinar, en primer lugar y de acuerdo con el primer párrafo de dicho precepto, los elementos, las características y las circunstancias físicas que han de concurrir para considerar a un bien como integrante de la ribera del mar, así como, en segundo lugar y en aplicación del directo mandato legal contenido en el segundo párrafo de la disposición adicional vigesimosegunda, excluir de tal condición a determinados terrenos.

El Tribunal Constitucional establece:

“Una vez establecido que corresponde al Estado la definición legal del concepto de dominio público marítimo-terrestre y de los distintos elementos que lo integran, no puede ser aceptada la posible interpretación del precepto apuntada por la representación procesal del Gobierno y del Parlamento balear, en virtud de la cual la disposición adicional cuestionada únicamente tiene por finalidad posibilitar la realización de estudios tendentes a proporcionar información para el mejor ejercicio de las competencias propias. Dicha interpretación, que efectivamente no vulneraría las facultades estatales en relación con el dominio público marítimo-terrestre, choca con la dicción literal del precepto impugnado, y, en particular, con los imperativos términos (‘determinarán’, ‘en ningún caso podrá considerarse’) por él utilizados.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con la colisión entre la competencia autonómica de ordenación del territorio y la estatal de obras públicas de interés general cita las STC 77/1984, de 3 de julio, puertos; 56/1986, de 13 de mayo, defensa; 227/1988, de 29 de noviembre, plan hidrológico; 149/1991, de 4 de julio, costas; 36/1994, de 10 de febrero, mar Menor; 61/1997, de 20 de marzo, Ley del suelo; 40/1998, de 19 de febrero, puertos de interés general; 149/1998, de 2 de julio, Ley de ordenación del territorio del País Vasco; 164/2001, de 11 de julio, régimen del suelo y valoraciones; 204/2002, de 31 de octubre, aeropuertos de interés general, y 14/2004, de 12 de febrero, Ley aragonesa de ordenación del territorio.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El seguimiento del uso por parte de un trabajador del teléfono, el correo electrónico e internet en el lugar de trabajo puede considerarse “necesario en una sociedad democrática” en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo y que estén previstas en la Ley, que debe emplear términos lo suficientemente claros para que todos puedan conocer en qué circunstancias y en qué condiciones pueden las autoridades recurrir a tales medidas

SUPUESTO DE HECHO

La demandante trabajaba desde 1990 en el Carmarthenshire College (“el College”). El College es un organismo estatutario administrado por el Estado y con poder, en virtud de los artículos 18 y 19 de la Ley de educación superior de 1992 (*Further and Higher Education Act 1992*), para otorgar sus propios títulos profesionales. En 1995, la demandante devino ayudante personal del College Principal (“el CP”) y, desde finales de 1995, tuvo que trabajar en estrecha colaboración con el recién nombrado Deputy Principal (“el DP”).

Durante el tiempo que trabajó en el College se realizó, a instancias del DP, un seguimiento del teléfono, correo electrónico y uso de internet. Se llevó a cabo este seguimiento, según el Gobierno, al objeto de averiguar si la demandante hacía un uso excesivo de las instalaciones del College para asuntos personales. El Gobierno manifiesta que el seguimiento del uso del teléfono consistía en el análisis de las facturas de teléfono del College que mostraban los teléfonos a los que se había llamado, las fechas y horas de las llamadas, su duración y coste. El DP también hizo un seguimiento de la navegación por internet de la demandante. El Gobierno admite que dicho seguimiento fue en forma de análisis de las páginas web visitadas, la fecha y hora de las visitas a las mismas y su duración.

El TEDH declara que ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal reitera que:

“Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de ‘vida privada’ y de ‘correspondencia’ a efectos del artículo 8.1 (sentencias Halford, previamente citada, ap. 44, y Amann contra Suiza [GC], núm. 27798/1995, ap. 43, TEDH 2000-II). Es lógico pues que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo estén protegidos en virtud del artículo 8, como debe estarlo la información derivada del seguimiento del uso personal de internet (FD 41). A la demandante no se le advirtió, en el presente caso, de que sus llamadas podían ser objeto de seguimiento, por lo que el Tribunal considera que ella podía razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo (sentencia Halford, ap. 45). La demandante podía esperar lo mismo en lo que respecta al correo electrónico y la navegación por internet (FD 42).”

El Tribunal recuerda que la utilización de información relativa a la fecha y duración de las conversaciones telefónicas es “parte de las comunicaciones telefónicas” y que el hecho de que el College obtuviese estos datos legítimamente, en forma de facturas telefónicas, no es impedimento para constatar una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 8. Asimismo, el almacenamiento de datos personales relativos a la vida privada de una persona se halla también en el ámbito de aplicación del artículo 8.1. Por tanto, es irrelevante que los datos objeto de tratamiento por el College no fuesen comunicados o

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Cuarta. Asunto Copland contra Reino Unido. Demanda núm. 62617/2000

FECHA: 3 de abril de 2007

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 8 del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

DOCTRINA: La recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por internet realizadas en el lugar de trabajo sin el conocimiento del usuario constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio de Roma.

El seguimiento del uso por parte de un trabajador del teléfono, el correo electrónico e internet en el lugar de trabajo puede considerarse “necesario en una sociedad democrática” en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo y que estén previstas en la Ley, que debe emplear términos lo suficientemente claros para que todos puedan conocer en qué circunstancias y en qué condiciones pueden las autoridades recurrir a tales medidas

utilizados contra la demandante en un procedimiento disciplinario o de otro tipo.

En consecuencia, el Tribunal:

“considera que la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio (FD 44).”

El artículo 8 (“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”) permite la injerencia si está “prevista por la Ley”.

El Tribunal recuerda:

“Esta expresión no sólo requiere que la medida impugnada tenga alguna base en la legislación interna, sino que también se refiere a la calidad de la Ley en cuestión, siempre que sea compatible con la preeminencia del Derecho (ver, *inter alia*, sentencias Khan contra Reino Unido, de 12 de mayo de 2000, Repertorio

de sentencias y resoluciones 2000-V, ap. 26; P.G. y J.H. contra Reino Unido, previamente citada, ap. 44). Para cumplir con la exigencia de la previsibilidad, la Ley debe emplear términos lo suficientemente claros para que todos puedan conocer en qué circunstancias y en qué condiciones pueden las autoridades recurrir a tales medidas (sentencias, previamente citadas, Halford, ap. 49, y Malone, ap. 67) (FD 46)."

El Tribunal constata que las *Telecommunications (Lawful Business. Practices) Regulations* de 2000, en desarrollo de la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, aún no habían entrado en vigor, cuando se realiza el control telefónico, de internet y del correo electrónico.

En consecuencia, concluye:

"puesto que el seguimiento no tenía a la sazón fundamento en Derecho interno, la injerencia en el presente caso no estaba 'prevista por la Ley' tal como exige el artículo 8.2 del Convenio. El Tribunal no excluye que el seguimiento del uso por parte de un trabajador del teléfono, el correo electrónico e internet en el lugar de trabajo pueda considerarse 'necesario en una sociedad

democrática' en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo. Sin embargo, habida cuenta de su anterior conclusión, no cabe pronunciarse sobre este extremo (FD 49)."

El Tribunal resuelve:

"1º Declarar que ha habido violación del artículo 8 del Convenio; 2º Declarar que no procede examinar la causa desde el punto de vista del artículo 13 del Convenio; 3º Declarar que el Estado demandado deberá abonar a la demandante, dentro del plazo de tres meses, a partir de que la sentencia sea definitiva, conforme al artículo 44.2 del Convenio, las sumas siguientes, a convertir en libras esterlinas al cambio aplicable en el momento del pago: 3.000 EUR (tres mil euros) en concepto de daño moral; 6.000 EUR (seis mil euros) en concepto de gastos y costas y las cargas fiscales correspondientes."

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita y aplica en el mismo sentido, en materia de secreto de las comunicaciones en el lugar de trabajo, las STEDH de 25 de junio de 1997 (TEDH 1997/37) y de 16 de febrero de 2000 (TEDH 2000/87).

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Es posible que una empresa pública realice operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por las directivas de contratación si actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas. Para ello es preciso que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejerzan sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, que dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades

SUPUESTO DE HECHO

La petición de decisión prejudicial versa, en lo sustancial, sobre la cuestión de si, con arreglo al artículo 86 de la CE, apartado 1, un Estado miembro puede atribuir a una empresa pública un régimen jurídico que le permite llevar a cabo operaciones sin estar sujeta a las directivas de contratación. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre la Asociación Nacional de Empresas Forestales (en lo sucesivo, ASEMFO) y la Administración del Estado relativo a una denuncia presentada contra el régimen jurídico de que disfruta Transformación Agraria, SA (en lo sucesivo, TRAGSA).

ASEMFO presentó una denuncia contra TRAGSA con el objeto de que se declarara que ésta abusaba de su posición dominante en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales, dado que no se seguían los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995. Una vez desestimada, presentó un recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que lo desestimó al considerar que las operaciones efectuadas por TRAGSA son realizadas por la propia Administración y que, por ende, tan sólo podría haber vulneración del derecho de la competencia en caso de que esta sociedad actuase de forma autónoma.

Contra esta resolución, ASEMFO interpuso un recurso ante la Audiencia Nacional, que, a su vez, confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.

ASEMFO recurrió en casación ante el Tribunal Supremo contra esta sentencia, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

"1) Si es admisible en los términos del artículo 86 de la CE, apartado 1, que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita reali-

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Segunda. Cuestión prejudicial. Asunto C-295/05

FECHA: 19 de abril de 2007

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Directiva 1992/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 1993/36/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y Directiva 1993/37/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras

DOCTRINA: Es posible que una empresa pública realice operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por las directivas de contratación si actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades

zar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las directivas europeas a este respecto.

"2) Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las directivas 93/36 y 93/37 y las directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y 2001/78/CE de la Comisión, de modificación de las anteriores, normativa recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

"3) Si las afirmaciones de la sentencia España/Comisión son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante."

El TJCEE concluye que las directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) Sobre la admisibilidad

TRAGSA, el Gobierno español y la Comisión de las Comunidades Europeas niegan que el Tribunal de Justicia sea competente para pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial: *a)* entienden que estas cuestiones sólo se refieren a la apreciación de medidas nacionales, por lo que el Tribunal de Justicia carece de competencia para examinarlas, y *b)* afirman que las referidas cuestiones son hipotéticas, ya que buscan una respuesta a problemas no pertinentes y ajenos a la solución del litigio principal.

El Tribunal se aproxima a la cuestión a partir de cuatro argumentos que versan sobre la posición del Tribunal de Justicia en el procedimiento promovido en virtud del artículo 234 del CE. Son las siguientes:

a) No corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho Comunitario, pero el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar a estos órganos jurisdiccionales todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho Comunitario que puedan permitirles apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria (sentencia de 19 de septiembre de 2006 [TJCE 2006, 257], Wilson, C-506/04, Rec. p. I-0000, apartados 34 y 35, y jurisprudencia que allí se cita).

b) Corresponde exclusivamente al juez nacional tanto establecer la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia y éste está, en principio, obligado a pronunciarse cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho Comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 1 de abril de 2004, Bellio F.lli, C-286/02, Rec. p. I-3465, apartado 27, y de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Rec. p. I-0000, apartados 16 y 17, y jurisprudencia que allí se cita).

c) La petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho Comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de

derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 23 de noviembre de 2006 [TJCE 2006, 342], Asnef-Equifax y Administración del Estado, C-238/05, Rec. p. I-0000, apartado 17, y jurisprudencia que allí se cita).

d) El Tribunal de Justicia también ha declarado que la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho Comunitario que sea útil para el juez nacional exige que éste defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los presupuestos fácticos en los que se basan tales cuestiones (sentencias de 9 de noviembre de 2006 [TJCE 2006, 319], Nemec, C-205/05, Rec. p. I-0000, apartado 25, y Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio [TJCE 2006, 370], antes citada, apartado 26, y jurisprudencia que allí se cita).

El Tribunal de Justicia, a la vista de lo anterior y examinada la documentación de que dispone, afirma que:

"si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse como tal sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho Comunitario, nada le impide proporcionar los elementos de interpretación relacionados con el Derecho Comunitario que permitirán que el propio órgano jurisdiccional remitente se pronuncie sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho Comunitario. En estas circunstancias, procede examinar si, a la luz de la jurisprudencia recordada en los apartados 31 a 33 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia dispone de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas [...]. Y concluye: [...] el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ofrecer una respuesta útil a la primera cuestión y en consecuencia, aunque procede declarar la inadmisibilidad de la primera cuestión, las otras dos cuestiones de la petición de decisión prejudicial son admisibles."

B) Sobre el fondo, respecto de la segunda cuestión

El Tribunal recuerda que:

"un contrato público de servicios, de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un prestador de servicios, un proveedor o un contratista y, por otra parte, un poder adjudicador [...]."

Seguidamente analiza la naturaleza jurídica de TRAGSA: *a)* es una sociedad estatal en cuyo capital social también pueden participar las Comunidades Autónomas, y el Real decreto 371/1999 precisa que es un medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración General del Estado y de la de cada comunidad autónoma interesada; *b)* está obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones, y *c)* las relaciones con estos entes públicos no tienen naturaleza contractual, sino que son, a todos los efectos, de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes.

El Tribunal de Justicia afirma, de acuerdo con su propia jurisprudencia, que la licitación no es obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos:

"Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL

Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 49; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 34, y de 11 de mayo de 2006 [39] Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 33.)”

El Tribunal seguidamente procede a examinar si en el caso de TRAGSA se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada.

Afirma:

“En lo que se refiere al primer requisito [...] resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37). En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99% del capital social de TRAGSA pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad *holding* y de un fondo de garantía, y que cuatro comunidades autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1% de dicho capital. A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las comunidades autónomas, con respecto a las cuales TRAGSA debe ser considerada un tercero. En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997, y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real decreto 371/1999 parece derivarse que TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las comunidades autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las comunidades autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, TRAGSA no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas comunidades no tienen naturaleza contractual.”

Concluye que:

“Por consiguiente, parece que TRAGSA no puede tener la consideración de tercero con respecto a las comunidades autónomas que poseen una parte de su capital.”

En cuanto al segundo requisito, conforme al cual TRAGSA debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, el Tribunal establece que:

“de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei [TJCE 2006, 139], antes citada, apartado 70). En el asunto principal, como resulta de los autos, TRAGSA realiza por término medio más del 55% de su actividad con las comunidades autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan.”

El Tribunal concluye:

“—En estas circunstancias, procede considerar, a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de autos se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en la presente sentencia.

“—Del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin

estar sujeta al régimen establecido por tales directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.”

Habida cuenta de la respuesta dada a la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal establece que no procede responder a la tercera cuestión.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los requisitos para que la licitación no sea obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, las STJCE de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 49; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 34, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 33.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico y gobierno local

Tribunal Supremo. Excepciones a la doctrina general del cómputo del plazo para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales por parte de los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra y de la falta de legitimación de los grupos municipales para recurrirlos

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de casación se formula contra el auto de 19 de octubre de 2002 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –Sección Quinta–, en el incidente de alegaciones previas promovido por el Ayuntamiento de Barcelona, en el que se estimó la alegación previa de extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fundamenta su decisión en la extemporaneidad del recurso porque el cómputo del plazo para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que se reconoce a los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra, se inicia desde el día en que se celebró la sesión del acto impugnado, y en este caso el recurso se interpone después de haber transcurrido más de dos meses desde la adopción del acuerdo.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Grupo Municipal de Convergència i Unió en el Ayuntamiento de Barcelona, casa los autos impugnados y ordena la prosecución del proceso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo, una vez reconoce que la doctrina jurisprudencial es la recogida por la sala de instancia, establece que no es aplicable al supuesto enjuiciado, por el hecho que:

“el Grupo Municipal recurrente había hecho uso del recurso de reposición dentro del plazo establecido, que fue desestimado por el Pleno municipal en sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2001, a la que asistieron todos los miembros del referido Grupo Municipal, quienes mostraron su desacuerdo con la decisión, y que el día 7 de enero de 2002 (según se declara expresamente probado en el auto recurrido) fue notificada a uno de los concejales del Grupo como portavoz del mismo, haciéndole saber que el plazo para interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo se contaba a partir de la fecha de la indicada notificación, a pesar de lo cual, en sede jurisdiccional, el representante procesal del propio Ayuntamiento sostiene otro criterio, con lo que esta Administración local incurre en manifiesta contradicción al apartarse de sus propios actos.”

En definitiva, el acuerdo municipal se notificó formalmente a los concejales del Grupo Municipal con indicación de recursos y plazo y “se generó la confianza en el receptor de la notificación de que disponía del plazo de dos meses para acudir a la vía jurisdiccional contado desde dicha notificación”.

La estimación del motivo de casación implica que el Tribunal Supremo debe resolver sobre todas las cuestiones planteadas en el incidente de alegaciones previas promovido por el Ayuntamiento de Barcelona y examina, por tanto, las otras dos causas de inadmisibilidad alegadas, basadas en la falta de legitimación activa del Grupo Municipal y en el defecto de representación procesal de éste.

En cuanto a la falta de legitimación, el Tribunal Supremo recuerda primero la doctrina general:

“la función de los grupos municipales es estrictamente corporativa y se desarrolla en el ámbito interno, sin que puedan sustituir a los concejales que los integran, en el ejercicio de sus facultades, entre las que está la emisión del voto y el ejercicio

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 2946/2003

FECHA: 7 de febrero de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDANTE: Grupo municipal

DEMANDADO: Ayuntamiento de Barcelona

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 63.1.c) y 69.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y artículo 211.3 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, de 28 de noviembre de 1986

DOCTRINA: El cómputo del plazo para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que se reconoce a los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra se inicia desde el día en que se celebró la sesión del acto impugnado, salvo que se les haya notificado expresamente con indicación de órgano y plazo para interponer recurso. Los grupos municipales tienen legitimación para recurrir sólo cuando todos los concejales integrantes hayan votado en contra de los acuerdos de la corporación y han manifestado la decisión unánime de ejercitar contra dichos acuerdos las oportunas acciones en sede jurisdiccional

de acciones frente al acuerdo municipal del que expresamente hubiesen discrepado, de manera que el concejal de un grupo municipal, que personalmente hubiese aceptado un acuerdo, no está legitimado para impugnarlo aun cuando el resto o la mayoría del grupo hubiesen emitido su voto en contra, y, a la inversa, es decir, que, aunque el resto o la mayoría del grupo de los concejales del grupo hubiese contribuido a la adopción del acuerdo, el disidente está legitimado **ex** artículo 63.1.b) de la Ley reguladora de las bases de régimen local para deducir contra él el oportuno recurso contencioso-administrativo.”

Sin embargo, en opinión del Tribunal Supremo, en el caso enjuiciado, concurren circunstancias que impiden estimar la causa de inadmisión por falta de legitimación activa del indicado Grupo.

En concreto, el fundamento de la decisión del Tribunal Supremo es:

“cuando todos los concejales del Grupo han votado en contra de los acuerdos de la corporación y han manifestado la decisión unánime de ejercitar contra dichos acuerdos las oportunas acciones en sede jurisdiccional, debe considerarse al Grupo Municipal demandante legitimado para sostener las referidas acciones, porque si cada uno de los concejales, que forman el Grupo, está legitimado para impugnar esos acuerdos al haber

votado en contra de ellos y expresado su decisión de recurrirlos en vía contencioso-administrativa, no cabe negar legitimación al Grupo Municipal, en que legalmente se integran, para sostener la acción que todos y cada uno de sus miembros desea ejercitar, razón por la que la aducida causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación del demandante debe ser también rechazada.”

Para finalizar, el Tribunal Supremo establece que al ostentar el Grupo Municipal legitimación activa no puede prosperar la alegada falta de representación procesal, porque el procurador personado lo hizo en virtud de un poder otorgado a su favor por quien ostentaba, según la copia de la escritura pública aportada, facultades para conferirlo en su nombre.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Supremo declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto y rechaza todas

las causas de inadmisión aducidas por el representante procesal del Ayuntamiento en el trámite de alegaciones previas y ordena la continuación del proceso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

La doctrina jurisprudencial relativa a que el cómputo del plazo para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que se reconoce a los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra, se inicia desde el día en que se celebró la sesión del acto impugnado, se reitera en la STS de fecha 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 5153).

Que la función de los grupos municipales es estrictamente corporativa y se desarrolla en el ámbito interno se sostiene en las STS de fechas 16 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3515) y 16 de diciembre de 1999.

Tribunal Supremo. Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado. Efectos de la solicitud de información ampliatoria

SUPUESTO DE HECHO

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid –Sección Sexta– dictó un auto, en fecha 3 de mayo de 2001, en que inadmitió el recurso deducido por el Abogado del Estado contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes de 27 de enero de 2000, sobre subsanación de errores materiales en la relación de puestos de trabajo.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, casa la sentencia de instancia y admite el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo sintetiza la controversia del siguiente modo:

“La controversia suscitada en este recurso de casación versa sobre el alcance del efecto suspensivo derivado de la solicitud de información ampliatoria. La interpretación acogida en el auto recurrido determina que la solicitud de ampliación de información prevista en el artículo 64 de la Ley de bases del régimen local suspende el plazo previsto para el requerimiento de anulación del artículo 65.2 pero no suspende, en cambio, el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo cuando se utiliza directamente esta vía de impugnación, sin el previo requerimiento de anulación, conforme a lo previsto en el artículo 65.4 de la propia Ley.”

El Tribunal Supremo recuerda que la Sala en ocasiones ha establecido el criterio sobre la cuestión de manera indirecta o implícita. Cita de manera expresa la sentencia de 27 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 161), donde se declara la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo allí examinado, señalando específicamente que la Administración impugnante no había solicitado ampliación de la información ni realizado actuación alguna intermedia, lo que implícitamente supone admitir que si lo hubiese hecho la conclusión podría ser otra.

El fundamento de la decisión es la doctrina establecida en la STS de 27 de noviembre de 2001 (casación 4090/1996) en la que se concluye que el recurso contencioso-administrativo había sido interpuesto temporáneamente y en forma, pues, la Administración del Estado, dentro del procedimiento especial de impugnación jurisdiccional de los actos y acuerdos de las entidades locales por la Administración del Estado o por las comunidades autónomas, había hecho uso de la solicitud de ampliación de la información, prevista en los artículos 56 y 64 de la citada Ley 7/1985, y había interpuesto el recurso dentro de los dos meses siguientes a la recepción de dicha ampliación informativa.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 7415/2002

FECHA: 29 de marzo de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

DEMANDANTE: Administración del Estado

DEMANDADO: Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la Constitución; artículos 64, 65 y 56 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y artículo 215 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, aprobatorio del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales

DOCTRINA: Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado. La solicitud de información ampliatoria tiene efecto suspensivo tanto del plazo previsto para formular el requerimiento de anulación del artículo 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, como del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo cuando se utiliza directamente esta vía de impugnación, sin el previo requerimiento de anulación, al amparo en el artículo 65.4 de la indicada Ley

La STS de 27 de noviembre de 2001, cuya doctrina se confirma, establece que:

“cualquier otra interpretación de los preceptos comentados implicaría caer en el absurdo de que el plazo general de los dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo quedase notablemente reducido si el mismo se computase desde el momento de la ‘comunicación original’ y no desde, como es lógico, la fecha de la recepción de la ampliación de la citada comunicación y de la información complementaria (que es cuando el Gobierno Civil dispone, ya, de los elementos de juicio suficientes y necesarios para poder tomar la decisión de formular o no el recurso contencioso-administrativo). Además, si el

plazo para efectuar el requerimiento (potestativo) de auto-anulación a que se hace referencia en el artículo 65.2 de la Ley 7/1985 se interrumpe en el caso de que se haya solicitado a la corporación local ampliación de la información o comunicación del acuerdo sospechoso de ilegalidad (según lo previsto en los artículos 65.1 y 56 de la citada Ley), no hay motivo normativo y lógico alguno que impida sacar la conclusión de que el plazo para deducir el recurso contencioso-administrativo se interrumpe, asimismo, por el hecho de haberse instado la mencionada

ampliación informativa (aunque, en realidad, no es que se interrumpa dicho plazo, sino que su *dies a quo* se pospone al momento de la recepción de la información complementaria y del expediente.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Reitera la doctrina establecida por la STS de 27 de noviembre de 2001 (RJ 2002/161), respecto de la impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales.

2. Servicios públicos locales

Tribunal Supremo. Los poderes públicos pueden ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada. El Derecho Comunitario permite la existencia de iniciativa pública en la actividad económica, siempre y cuando con ello se respeten las reglas de la libre competencia. Estas reglas, sin embargo, quedan relativizadas cuando así sea necesario en aras de la finalidad de interés general de que se trate

SUPUESTO DE HECHO

La Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport) formuló un recurso de casación contra la sentencia de 15 de diciembre de 2003, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó el recurso formulado contra el acuerdo del Pleno de Burriana por el que se aprueba definitivamente la modificación de la Ordenanza fiscal reguladora de las tasas por servicios de actividades deportivas y uso de instalaciones y contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de cese del uso de las instalaciones de acondicionamiento en sala *fitness*, aparatos de musculación, tonificación y de trabajo cardiovascular, salvo los dirigidos a discapacitados y a mayores de 60 años que acrediten insuficiencia de medios económicos.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) La recurrente formula cuatro motivos de casación diferenciados por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio:

1. Por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales causando indefensión, en base a que la Sala denegó cuatro pruebas documentales y el interrogatorio por vía de informe del legal representante del Ayuntamiento.

2. Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia alegando que incurrió en incongruencia por omisión al no haberse resuelto sobre la argumentación de que el acto administrativo no respeta el contenido del artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de bases del régimen local, sobre la conveniencia y oportunidad de poner en marcha una iniciativa pública cuando varias empresas ya lo hacían en el municipio y por no haber resuelto el argumento de que las prestaciones municipales vulneran los principios constitucionales y europeos de uniformidad de mercado y seguridad jurídica.

3. Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia en relación con el artículo 24 de la CE, con el resultado de incongruencia omisiva por falta de motivación y exhaustividad, al no abordar la diferencia entre precio público y tasa.

4. Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia con el resultado de incongruencia *extra petita* o falta de motivación al introducir en la sentencia los razonamientos vertidos en otra que resuelve un recurso formulado por la asociación contra el Ayuntamiento de Vila-real.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 2621/2004

FECHA: 14 de febrero de 2007

PONENTE: Excmo. Sra. Celsa Picó Lorenzo

DEMANDANTE: Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón

DEMANDADO: Ayuntamiento de Burriana

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 38 y 53 de la CE; artículos 3.g), 4, 86, 92, 98 y 234 del Tratado de la Unión Europea; artículos 25.2, 26 y 86.1 de la LBRL; artículo 45.2 de la Ley 39/1988, sobre haciendas locales, y artículo 22 de la Ley valenciana 4/1993, del deporte

DOCTRINA: Los poderes públicos pueden ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada.

El Derecho Comunitario permite la existencia de iniciativa pública en la actividad económica, siempre y cuando con ello se respeten las reglas de la libre competencia. Estas reglas, sin embargo, quedan relativizadas cuando así sea necesario en aras de la finalidad de interés general de que se trate.

El artículo 90 del Tratado de la Unión Europea no contempla la competencia desleal, cuya concurrencia debe ventilarse ante la jurisdicción civil, como límite de la actuación de las empresas públicas.

Es más que dudoso que una actuación municipal de un ayuntamiento de poco más de 40.000 habitantes, en una materia como son los gimnasios, donde como es obvio existe una indudable cercanía geográfica entre la oferta y la demanda, produzca verdadera afectación al mercado comunitario, en los términos previstos en los artículos 81 y ss. del TCE, relativos a la libre competencia, que se refieren en todo caso a conductas que afecten al mercado comunitario.

La concreción de las actividades deportivas que puedan realizarse por la iniciativa municipal es más bien una cuestión propia del Reglamento que de la Ley

Todos estos motivos son desestimados por la sentencia con cita de abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo.

B) En el quinto motivo de casación se argumenta la infracción del artículo 38 de la CE, en relación con el 53 de la CE y los artículos 3.g), 4, 92 y 98 del Tratado de la Unión Europea según el Tratado de Amsterdam, en base a que se ha vulnerado el derecho a la libertad de empresa en una economía de mercado, que no se ha acreditado la conveniencia y la oportunidad de la iniciativa del ente local y que en el caso del aeróbico y *fitness* sólo cabe reputar a la iniciativa pública como subsidiaria y extremadamente respetuosa con el quehacer empresarial.

El Tribunal Supremo destaca que la sentencia de instancia argumenta prolijamente sobre la libertad de empresa y la oportunidad de la iniciativa de un ente local, de manera que determinó la desestimación de la demanda.

Esta sentencia, dice el Tribunal Supremo:

“razona sobre la constitucionalidad de la Ley valenciana sobre el deporte 4/1993, [...], y considera que el mandato que contiene, y al que se atuvo la corporación demandada, se acomoda a la voluntad del constituyente expresada en los artículos 43.3 38 y 128.2 de la Constitución, para concluir que los poderes públicos pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los principios de la Constitución económica.”

El Tribunal Supremo afirma que esa conclusión se alcanza concibiendo el modelo constitucional económico como un marco de convivencia con distintas alternativas y hace referencia expresa a que la sentencia de instancia concilia la Ley valenciana con los artículos 25.2 y 26 de la LBRL y con el mandato que esa norma impone al ayuntamiento demandado de poner a disposición de los vecinos instalaciones deportivas en las que se practique el deporte y se ocupe el tiempo libre, mandato que no sólo se limita a la puesta a disposición de las instalaciones sino a la gestión de las mismas y a la oferta de los servicios que lo faciliten.

La anterior argumentación enlaza con la relativa a la desestimación de la vulneración del artículo 86.1 de la LBRL, que el Tribunal Supremo fundamenta en la sentencia de la sala de instancia, cuando afirma que:

“el precepto diferencia plenamente entre la reserva de servicios y la simple iniciativa pública en la actividad económica, sin que la Ley valenciana 4/1993, haya establecido reserva alguna en esta materia. Reserva que, por lo demás, sería perfectamente posible que se consagrara por ley autonómica, dado el tenor literal del precepto citado.”

Todo lo anterior conlleva que el Tribunal Supremo decida no plantear, como solicita la actora, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al amparo del artículo 234 del Tratado de la Unión.

El Tribunal Supremo establece expresamente:

“que resulta innecesario el reenvío al evidenciarse con toda nitidez cómo debe ser interpretada la Ley de bases de régimen local en relación con la Ley valenciana 4/1993, sobre el deporte, sin que la misma incida en una interpretación no uniforme o divergente del Derecho Comunitario a aplicar por los órganos jurisdiccionales nacionales, que es el fin último a evitar con la cuestión prejudicial.”

Se rechaza el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, en base en la doctrina del TJCEE expresada en el asunto 283/81, CILFIT, de 6 de octubre de 1982, citada de nuevo en el asunto 224/01, de 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 292), Köbler.

El Tribunal Supremo afirma:

“La primera cuestión a destacar es que no nos hallamos ante un concepto jurídico que pueda tener distinto contenido en Derecho Comunitario y en los diferentes derechos nacionales (fundamento jurídico 19 de la sentencia CILFIT). Y el segundo aspecto relevante es la pertinencia de aplicar a este caso concreto la doctrina expresada por el Tribunal de Justicia en el fundamento de derecho 16 de la tantas veces citada sentencia CILFIT, cuando afirma que ‘Finalmente, la correcta aplicación del Derecho Comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada’. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan sólo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad.”

El Tribunal Supremo finaliza la argumentación del siguiente modo:

“Entendemos que nos encontramos ante un supuesto que no ofrece dudas sobre la manera de resolver aunque no haya sido objeto de interpretación reiterada del TJCE, no incidiendo en los artículos 3.g), 4 y 98 del Tratado de la Unión Europea. Todo ello sin que lo manifestado en las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, asunto Tetrapack, y 9 de septiembre de 2003, Consorcio Industrie Fiammiferi, en cuanto a la posición dominante y a las prácticas contrarias a la competencia, invocadas por el recurrente repercutan en el conflicto aquí dirimido.”

C) El sexto motivo de casación versa sobre la deslegalización prohibida y contraria al contenido esencial del artículo 38 de la CE, que veda el artículo 53.1 del mismo texto constitucional. En palabras de la sentencia de instancia, la parte actora considera que la Ley valenciana 4/1993, artículo 22, al consagrar las competencias municipales en materia deportiva, no sólo es inconstitucional por exceso, sino también por defecto; en concreto, por no concretar cuáles son las modalidades deportivas que pueden directamente ofertarse por los municipios; de tal modo que se estaría produciendo una inconstitucional deslegalización. Inconstitucional en la medida en que quedaría afectado el artículo 38 de la CE, para cuyo desarrollo, artículo 53.1, hace falta una ley.

El Tribunal Supremo desestima el motivo con la argumentación siguiente:

“Desde la STC 83/1984, queda claro que una cosa es una pura y simple deslegalización en un ámbito reservado a la Ley, lo que equivaldría a una remisión al reglamento en blanco, y otra bien distinta la colaboración entre la Ley y el reglamento, tan necesaria sobre todo en ámbitos tan cambiantes y sujetos a la momentánea coyuntura como la economía. La concreción de las concretas actividades deportivas que puedan realizarse por la iniciativa municipal es más bien una cuestión propia del reglamento que de la Ley. A ello es de añadir que el argumento puramente técnico (dada la cantidad inagotable de modalidades deportivas) debe necesariamente en este caso completarse con otro de índole estrictamente jurídica; en concreto, el principio constitucional de autonomía municipal para la gestión de los intereses del municipio (entre los que se encuentra el favorecimiento del deporte, en sentido amplio).”

D) El séptimo de los motivos se refiere a la unidad de mercado, artículo 19 de la CE, y a la seguridad jurídica, artículo 9.3 de la CE, cuya vulneración imputa a la sentencia de instancia.

En este punto, el Tribunal Supremo vuelve a ratificar la sentencia de instancia cuando establece:

“el artículo 86 del Tratado (antiguo artículo 90), en su apartado segundo, señala que las empresas encargadas de prestar servicios de interés económico general, o que tengan el carácter de monopolio fiscal, se sujetarán a las reglas de la libre competencia, siempre y cuando con ello no se impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la finalidad de interés general que esas empresas tienen encomendada.

“Significa esto que el Derecho Comunitario permite perfectamente la existencia de iniciativa pública en la actividad económica, siempre y cuando con ello se respeten las reglas de la libre competencia. Estas reglas, sin embargo, quedan relativizadas cuando así sea necesario en aras de la finalidad de interés general de que se trate. Hay que añadir que, a partir de las sentencias Corbeau, de 1993, y Almelo, de 1994, el TJCE ha comenzado a utilizar con mayor profusión este precepto. Desde esta perspectiva, el hecho de que la Ley valenciana del deporte permita a los ayuntamientos llevar a cabo iniciativas en esta materia no significa que la misma sea contraria al Derecho Comunitario; por lo que no procede el planteamiento de la cuestión prejudicial.

“Tampoco procede el planteamiento de la misma desde el punto de vista de la interpretación de la norma (es decir, si la misma, interpretada en tal sentido que haga conforme a Derecho la actuación municipal, es contraria al Derecho Comunitario). Ello, en la medida en que el TDC, precisamente en las resoluciones aducidas por la demanda, ha descartado que estemos ante un caso de abuso de posición dominante, que es una conducta prohibida por el Derecho Comunitario (artículo 82 del TCE), sino que afirma que, en todo caso, podríamos estar ante un supuesto de competencia desleal, conducta ésta a la que no se refiere el artículo 90 como límite de la actuación de las empresas públicas.

“Es más, los artículos 81 y ss. del TCE, relativos a la libre competencia, se refieren en todo caso a conductas que afecten al mercado comunitario. Es más que dudoso que una actuación municipal de un ayuntamiento de poco más de 40.000 habitantes, en una materia como son los gimnasios, donde como es obvio existe una indudable cercanía geográfica entre la oferta y la demanda, produzca verdadera afectación al mercado comunitario.

“La STJUE Société Technique Minière contra Maschinenbaum, de 30 de junio de 1966, señala que la expresión ‘afectación al comercio de los estados miembros’ viene referida a la existencia de un potencial peligro para el mercado único. Y la STJUE Grundig-Consten entiende que debe quedar afectado el mercado de una forma importante. En este caso, quedaba afectado el comercio en todo el Estado francés. Además, la sentencia resalta que lo importante es que no se desvirtúe la consecución de un mercado interestatal único; condición ésta que no parece darse en el caso que nos ocupa. Y la STJUE Lancôme alude a un influjo importante en los intercambios entre los distintos Estados miembros, lo que tampoco es el caso.”

EL Tribunal Supremo se refiere a su sentencia de 20 de junio de 2006 y reitera que:

“La posición de la sentencia no puede ser más razonable. La pretensión que se pretende imponer excede con mucho de lo que resultaría lógico incluso si la planteáramos con carácter general y no en el ámbito limitado en el que surge y en el que se afectan los intereses concretos de unas determinadas empresas de una población media que se dicen perjudicados por la prestación de un servicio al público por la corporación local correspondiente.

“Es obvio que esa actividad prestacional de la Administración local en este supuesto no repercute en el mercado único de la Unión, y no se refieren a situaciones como esas los preceptos del Tratado que se dicen vulnerados. Pero es que es

perfectamente compatible esa actividad de la corporación facilitando a quienes lo deseen la práctica de actividades como el aeróbic o el *fitness* e incluso el acondicionamiento físico de adultos y la puesta a disposición del público de aparatos de tonificación, musculación y trabajo cardiovascular con la que en ese mismo ámbito puedan prestar las empresas constituidas por la iniciativa privada, porque los medios y la atención pueden ser distintos y prestados de modo diferente, y dirigidos a sectores de población con necesidades y conveniencias diversas, por lo que una y otra forma de prestar la misma actividad no empuja la existencia de ambas.”

E) El octavo de los motivos se refiere al importe de las tarifas de las prestaciones en litigio e invoca como quebrantado por la sentencia el artículo 45.2 de la Ley 39/1988, sobre haciendas locales, cuya aplicación justifica la sentencia dada la demanda que existe de esas actividades.

El Tribunal Supremo ratifica la sentencia de instancia cuando afirma que la LHL ampara la actuación al establecer que cuando:

“existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la entidad podrá fijar precios públicos por debajo de los límites previstos en los dos apartados anteriores; en estos casos y cuando se trate de los precios públicos a que se refiere el apartado 1 anterior deberán consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante, si la hubiese.”

Al desestimarse íntegramente el recurso de casación interpuesto, el Tribunal Supremo hace expresa condena en costas a la asociación recurrente y establece como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá incluirse en la tasación de costas, la suma de 4.000 euros.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Reitera la doctrina establecida por la STS de 20 de junio de 2006 (RJ 2006/8317), en relación con la impugnación formulada por la misma parte actora respecto de acuerdos del Ayuntamiento de Vila-real, de contenido casi idéntico de los recurridos en el proceso que se dicta en esta sentencia.

Tribunal Supremo. Las dos únicas causas de dispensa de los servicios públicos obligatorios son las previstas en el artículo 26 de la LBRL, sin que la legislación autonómica pueda alterarlas

SUPUESTO DE HECHO

La Diputación General de Aragón y el Ayuntamiento de Huesca formulan un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que estimó el recurso formulado por dos particulares contra el acuerdo del Gobierno de Aragón de 2 de febrero de 2000, que dispensa al Ayuntamiento de Huesca de prestar el servicio municipal de mercado en razón a su innecesariedad con la prevención de que si en algún momento el servicio mencionado vuelve a ser necesario el Ayuntamiento estará obligado a asumirlo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La cuestión clave del recurso radica en dilucidar si cabe dispensar al Ayuntamiento de Huesca del servicio mercado por considerarlo innecesario, toda vez que existen en dicha ciudad dos hipermercados, varios supermercados y numerosos comercios de productos alimenticios que cubren sobradamente el abastecimiento de la población.

Los preceptos ponderados son el artículo 26.1 de la LBRL, que establece que el mercado es un servicio público obligatorio en las poblaciones de más de 5.000 habitantes; el artículo 26.2 de la LBRL, que contempla la posibilidad de que los municipios sean dispensados por la comunidad autónoma respectiva de la obligación de prestar los servicios mínimos que les correspondan, en el caso en el que por las características peculiares del municipio "resulte imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios", y el artículo 45.5 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración local de Aragón, que permite, en opinión de recurrentes en casación, dispensar de la obligación de prestar los servicios mínimos por causa de "innecesariedad".

En lo que aquí interesa, el segundo motivo de casación formulado por la Comunidad Autónoma de Aragón alega que la sentencia infringe los artículos 149.1.18 de la Constitución y 35.1.3 y 9.1 del Estatuto de autonomía de Aragón, en cuanto parte de que cualquier regulación autonómica no recogida en la Ley de bases es inconstitucional, en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional que cita, y además inaplica la Ley autonómica, sin haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Supremo establece que:

"la sentencia recurrida, ni inaplica ni hace declaración alguna sobre la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley 7/1999, de Administración local de Aragón, y por tanto no tenía que abrir trámite de audiencia a las partes."

El Tribunal Supremo interpreta la ley aragonesa de siguiente modo:

"el artículo 45.5 de la Ley 7/1999, de Administración local de Aragón, se refiere a la innecesariedad, pero no hay que olvidar, primero, como refiere la sentencia recurrida, que la Ley básica estatal sólo se refiere y autoriza las dispensas de los servicios obligatorios que definen, entre los que se encuentran los de mercado, cuando la prestación del servicio resulte imposible o muy difícil, y segundo, que es la propia Ley 7/1999, la que su apartado 1 refiere: '1.Los municipios podrán solicitar a la Diputación General de Aragón la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos a que se refiere el artículo anterior cuando, por sus características peculiares, resulte imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio Ayuntamiento'. Y del hecho de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 7368/2004

FECHA: 27 de marzo de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. D. Antonio Martí García

DEMANDANTE: Diputación General de Aragón y Ayuntamiento de Huesca

DEMANDADO: Particulares

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 26 de la LBRL y artículo 45.5 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración local de Aragón

DOCTRINA: Las dos únicas causas de dispensa de los servicios públicos obligatorios son las previstas en el artículo 26 de la LBRL, sin que la legislación autonómica pueda alterarlas

que en su apartado 5 ese artículo 45 refiera que no habrá derecho a aportaciones en los supuestos de innecesariedad en el servicio, no se puede inferir sin más, como se pretende, que esa innecesariedad sea una nueva causa de dispensa del servicio, pues las causas de dispensa ya las ha definido la Ley 7/1999 en su artículo 45.1, y si quería establecer otras ese era el lugar adecuado, y del hecho de que después se refería a la innecesariedad, a los efectos de hacer o no aportaciones o prestar ayudas, esa innecesariedad se ha de predicar obviamente de los supuestos de imposibilidad o dificultad, que si se acreditan pueden hacer innecesario el servicio, que es a lo que ciertamente alude la sentencia recurrida cuando en su fundamento de derecho cuarto se refiere al ámbito de aplicación del apartado 5 del artículo 45."

El Ayuntamiento de Huesca formula el motivo de casación en el mismo sentido, denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, y alega que se haya inaplicado el artículo 45.5 de la LALA en vez de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Supremo desestima el motivo con el siguiente razonamiento:

"La Sala podía aplicar como hizo la norma estatal por ser básica, y que define con precisión las causas de dispensa del servicio obligatorio de mercado, y que, esta Sala del Tribunal Supremo no tiene dudas sobre la constitucionalidad del artículo 45 de la Ley 7/1999, si se interpreta en su conjunto y de acuerdo con la normativa básica que trata de desarrollar, esto es, entendiendo, como se ha expuesto, que la innecesariedad, que refiere en su apartado 5, no se ha de estimar como nueva causa de dispensa y si como una referencia a los servicios que resulten innecesarios porque son de imposible o de muy difícil cumplimiento."

El Tribunal Supremo declara que no ha lugar a los recursos de casación, con expresa condena en costas a la partes recurrentes y al amparo del artículo 139 de la Ley de la jurisdicción, se señala como cantidad máxima a reclamar por el Letrado de la parte recurrida la de 4.000 euros, que habrán de abonar por mitad cada una de la partes recurrentes.

3. Haciendas locales

La aprobación de la modificación de las tarifas correspondientes a las tasas debe incluir un estudio económico del coste y rendimiento de los respectivos servicios. Las asociaciones y demás entidades legalmente constituidas, para estar legitimadas para recurrir los acuerdos provisionales de aprobación de ordenanzas, han de representar intereses de personas que sean sujetos pasivos de los tributos

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Girona, en el acuerdo de 12 de noviembre de 1997, desestimó las reclamaciones formuladas, entre otros, por la Associació de Marxants de les Comarques Gironines, y aprobó definitivamente la modificación de las ordenanzas fiscales reguladoras de gestión general, inspección y recaudación, tasas de servicios y actividades, general de contribuciones especiales, general de precios públicos e impuestos, del ejercicio 1998.

La indicada asociación interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicho acuerdo por falta de memoria económico-financiera que justificara el incremento de los tributos que contenía la modificación de las ordenanzas fiscales.

El Ayuntamiento alegó, entre otros motivos de oposición, la falta de la condición de "interesado" de la demandante, según lo dispuesto en el artículo 18 de la LHL de 1998, puesto que la modificación de las ordenanzas fiscales para 1998, sobre todo en lo que respecta a las tasas, no afectaba directamente a la asociación, en la medida en que ninguna de aquellas incidía en el comercio ambulante.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, de fecha 27 de julio de 2001, que desestimó el recurso, por entender que el artículo 25 de la LHL exige la justificación de la previsible cobertura del servicio o actividad, únicamente en el supuesto de establecimiento de las tasas para financiar total o parcialmente nuevos servicios o actividades, pero en el presente supuesto lo que se efectúa es la modificación de las ordenanzas fiscales consistente en el incremento de las tasas.

Contra la sentencia la asociación formula recurso de casación, el Ayuntamiento formula oposición y se dicta sentencia estimatoria del recurso de casación con la consiguiente anulación de la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo dicta la sentencia que la sustituye y desestima el recurso contencioso-administrativo

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo analiza la regulación vigente en el momento de aprobarse las ordenanzas, habiéndose de advertir que el artículo 25 de la LHL de 1988 ha sido incorporado (en la versión dada en el artículo 66 de Ley 25/1998, de 13 de julio), en el Texto refundido regulador de las haciendas locales, actualmente vigente, aprobado por Real decreto legislativo 2/2004. La redacción vigente en el momento de adoptarse el acuerdo recurrido era:

"Los acuerdos de establecimiento de tasas para financiar total o parcialmente los nuevos servicios deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto la previsible cobertura del coste de aquéllos."

El Tribunal Supremo afirma que la normativa local, de forma explícita o implícita, ha exigido tradicionalmente que la modificación de tarifas aparezca suficientemente justificada en el expediente administrativo. Cita como antecedentes el artículo 21 del Real decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, por el que se pusieron en vigor las disposiciones de la Ley 41/1975, de bases del estatuto del régimen local, relativas a ingresos de las corporaciones locales, y se dictaron normas provisionales para su aplicación; el artículo 18 del Real decreto ley 11/1979, de medi-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 492/2002

FECHA: 21 de marzo de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Manuel Martín Timón

DEMANDANTE: Associació de Marxants de les Comarques Gironines

DEMANDADO: Ayuntamiento de Girona

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 18, 24 y 25 de la Ley de haciendas locales de 1988, actualmente incorporados en el Texto refundido regulador de las haciendas locales, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004

DOCTRINA: La aprobación de la modificación de las tarifas correspondientes a las tasas debe incluir un estudio económico del coste y rendimiento de los respectivos servicios.

La Ley de haciendas locales no establece una acción pública para la formulación de reclamaciones contra los acuerdos provisionales de aprobación de ordenanzas.

Las asociaciones y demás entidades legalmente constituidas, para estar legitimadas para recurrir los acuerdos provisionales de aprobación de ordenanzas, han de representar intereses de personas que sean sujetos pasivos de los tributos

das urgentes de financiación de las haciendas locales, y el artículo 214 del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril.

Al examinar la legislación aplicable establece:

"el artículo 24 de la Ley de haciendas locales (heredero del artículo 214 del Texto refundido de 1986, pues la disposición derogatoria de la Ley 39/1988, dejó sin efecto, entre otras disposiciones, el título VIII de aquél), que exige, por un lado, que las tasas por la realización de una actividad o por la prestación de un servicio, no excedan en su conjunto del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate, y, por otro, que se tengan en cuenta los gastos directos e indirectos que contribuyen a la formación del coste total del servicio o de la actividad, incluidos los de carácter financiero, amortización e inmovilizado y generales que sean de aplicación, no sufragados por contribuciones especiales (sin olvidar los criterios genéricos de capacidad económica a que hace referencia el apartado 3 del artículo 24), permite afirmar que en el expediente de modificación de tarifas, ha de quedar suficientemente motivado el incremento que se produzca en las mismas, pues en otro caso no sería posible el control de la regla de equivalencia y supondría permitir la posible indefensión ante actuaciones administrativas arbitrarias."

El Tribunal Supremo, tras analizar las sentencias dictadas sobre la materia, presta especial atención a la STS de 19 de octubre de 1999, que tiene su origen en la impugnación de una liquidación por tasa de licencia de obras, en la que se puso de relieve la relación entre los artículos 214.1 del Texto refundido de régimen local de 1986, y 24.1 y 25 de la Ley de haciendas locales, y en la STS de 14 de abril de 2001 (RJ 2001, 5339), en recurso de casación, en el que el Ayuntamiento impugnante alegaba como motivo de casación la infracción “de los artículos 24 y 25 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre de la Ley de haciendas locales, puesto que el acuerdo recurrido se refería solamente a la modificación de una ordenanza fiscal y se había acreditado que en ningún caso el importe estimado de recaudación excede del coste del servicio.”

En relación con esta última reproduce que “el estudio económico sobre el que se ha llegado a la determinación de las tarifas aplicables no explica en absoluto cómo se ha llegado al coste real o previsible del servicio que se trata de regular”, razonando que el estudio acompañado a la modificación de la Ordenanza, realizado por una empresa privada, era “somero” y no proporcionaban a los servicios técnicos municipales “constancia real y efectiva de la valoración detallada y previsible [...] de las distintas partidas que integren el mantenimiento del servicio de alcantarillado, al que a partir de ahora se le añadirán los costes reales del mantenimiento del servicio de depuración que constituye la última fase de la red”.

La conclusión que extrajo la Sala fue la de que el acuerdo recurrido prescindió de un aspecto esencial del procedimiento, cual es el trámite del informe económico, exigido por los artículos 24.1 y 25 de la Ley de haciendas locales 39/1988, de 28 de diciembre, aplicando en consecuencia el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en orden a declarar la nulidad absoluta de la nueva Ordenanza.

De los anteriores razonamientos, el Tribunal Supremo deduce la necesidad de que la aprobación de la modificación de las tarifas correspondientes a las tasas se vea precedida de un estudio económico del coste y rendimiento de los respectivos servicios, en la forma expuesta, todo y reconocer que:

“Resultan evidentes las dificultades que en algunos supuestos pueden plantearse, al elaborar los estudios económicos justificativos, especialmente en el caso de pequeños municipios. Así lo indicó ya la sentencia de 8 de marzo de 2002, con ocasión de la tasa de apertura de establecimientos, en la que después de relacionar el complejo contenido del estudio económico referido a dicha tasa, se dijo por la Sala, y ahora se insiste en ello, ser consciente de que los requisitos expuestos son un *desideratum*, y que en ciertos aspectos será obligado admitir ciertas aproximaciones, sin base estadística suficiente, pero, en todo caso, exhorta sobre la necesidad ineludible de huir de la arbitrariedad y de evitar la indefensión de los contribuyentes, que son frecuentemente la parte débil e indefensa de la relación jurídico-tributaria.”

Una vez estimado el motivo de casación y anulada la sentencia, dicta la que la sustituye y desestima el recurso por falta de legitimación en base a lo siguiente:

“En los autos, ha quedado demostrada la condición de asociación de carácter sindical de la demandante, constituida al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, así como que no es sujeto pasivo de ninguna de las tasas objeto de modificación. Igualmente figura en autos una relación de 47 personas, residentes en Girona y miembros de la Asociación, sin que se haya procedido a la demostración de ser sujetos pasivos de alguna de las tasas cuyas tarifas han resultado modificadas, en su condición de comerciantes ambulantes, lo que supone que no se ha demostrado la necesaria conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, debiéndose recordar al res-

pecto que ‘la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer’ (sentencia del Tribunal Constitucional 210/1994 [RTC 1994, 210] FJ 4). En este sentido, existe una muy reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que son ejemplos las sentencias de 2 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10006) (Sección Cuarta) y 27 de junio de 2006 (RJ 2006, 6111) (de esta misma Sección). En consecuencia, y habida cuenta de que el artículo 18 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales, no concede tampoco una acción pública para la formulación de reclamaciones contra los acuerdos provisionales de aprobación de ordenanzas, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo, como se pide en la contestación a la demanda.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la necesidad de incluir un estudio económico del coste y rendimiento de los respectivos servicios en la modificación de las tarifas, la STS de 19 de octubre de 1999 (RJ 1999/7822).

Sobre legitimación para impugnar ordenanzas fiscales, las STS de 2 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10006) y de 27 de junio de 2006 (RJ 2006, 6111).

4. Bienes y dominio público

Tribunal Supremo. Procede la rescisión del contrato cuando se produce el incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión gratuita de un bien

SUPUESTO DE HECHO

La Junta Vecinal de Heras cedió gratuitamente unos terrenos a la Diputación Provincial de Cantabria, mediante el acuerdo de fecha 29 de diciembre de 1966, con la finalidad de que se construyera el Monumento al Indiano y a la Marina de Castilla.

Una vez constituida la Comunidad Autónoma de Cantabria los terrenos y el monumento se adscriben a la Sociedad Regional Cantur, que constituye la sociedad Restaurante de Peña Cabarga, cuyo único accionista es el Gobierno de Cantabria. Este restaurante no fue explotado en los últimos quince años anteriores a 1993.

La Junta Vecinal solicitó al Gobierno de Cantabria la reversión de los terrenos sitos en el Pico Llen de Peña Cabarga, por incumplimiento de las finalidades de la cesión. Aduce asimismo deficiente estado de conservación y abandono del monumento y la falta de desarrollo de las actividades previstas en el acuerdo de cesión.

La petición fue desestimada por silencio y la Junta formula un recurso administrativo ordinario que se declaró inadmisibile por acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria de 27 de febrero de 1997.

Contra la desestimación presunta y el acuerdo que declara inadmisibile el recurso administrativo interpuesto, la junta vecinal formuló un recurso contencioso-administrativo. Hay que advertir que la STS de 13 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5272) anuló la sentencia que había sido dictada en el procedimiento de petición de reversión el 11 de diciembre de 1998 por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y ordenó la retroacción del procedimiento para que se procediese a la práctica de cierta prueba documental y de reconocimiento judicial que había sido denegada, además de apreciar incongruencia por no haberse pronunciado la sentencia sobre determinadas pretensiones.

La nueva sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria se dicta el 12 de febrero de 2004 y desestima el recurso. La junta vecinal la recurre en casación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La actora formula dos motivos de recurso de casación. El primer motivo se articula por falta de motivación e incongruencia de la sentencia, por el hecho que no habría resuelto alegaciones formuladas en el escrito de demanda. El Tribunal Supremo para establecer la concurrencia o no de incongruencia examina las peticiones formuladas en el suplico de la demanda y recuerda que la congruencia de la sentencia:

“exige que se dé respuesta a las concretas pretensiones de las partes, exigencia que no es predicable en relación con las meras alegaciones por aquellas realizadas.”

En relación con el caso concluye que a la vista de la fundamentación jurídica contenida en la sentencia de instancia:

“que el Tribunal *a quo* motiva las razones que le llevan a desestimar las pretensiones de la actora, pronunciándose en cuanto a todas estas, aun cuando pueda no haber una correlación literal entre todas las alegaciones contenidas en la demanda en apoyo de sus pretensiones que son a las que se refiere el motivo de recurso y los razonamientos jurídicos en los que basa sus conclusiones la Sala de instancia, pero como hemos dicho la exigencia de congruencia no requiere esa correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia, bastando que esta se pronuncia

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 5502/2002

FECHA: 21 de febrero de 2007

PONENTE: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández
DEMANDANTE: Junta Vecinal de la Entidad Menor de Heras (Medio Cudeyo)

DEMANDADO: Gobierno de Cantabria

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 109 y 111 del Reglamento de bienes de las entidades locales, y artículo 79.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local

DOCTRINA: En las cesiones gratuitas interadministrativas, cuando se produce el incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión del bien, procede la rescisión del contrato a instancia de la corporación cedente, bien por aplicación del artículo 647 del Código Civil, bien por entender que al producirse la desafectación de los bienes en su día cedidos desapareció la causa que justificó la razón de ser del negocio jurídico y, por ende, su eficacia por desaparición de la causa del negocio, es decir, de la razón justificativa de su eficacia jurídica, bien por aplicación del artículo 111 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales

categorícamente sobre las peticiones de las partes, como ocurre en el caso de autos, en que el Tribunal *a quo* con la oportuna motivación, resuelve sobre todas ellas.”

En el segundo motivo de recurso se contienen a su vez dos submotivos. En el primero se estiman vulnerados los artículos 109 y 111 del Reglamento de bienes de las entidades locales y el artículo 79.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. En el segundo submotivo se alega vulneración del artículo 43.3.b) en relación con el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992.

El Tribunal Supremo, antes de analizar los dos submotivos, establece la naturaleza jurídica de una cesión como la que es objeto del pleito:

“La sentencia de 14 de febrero de 2006 sintetiza los distintos pronunciamientos: en ocasiones se ha dicho que se trata de una donación con carga modal, en otras se la ha calificado como negocio jurídico innominado celebrado entre dos administraciones públicas. En todos los casos se ha admitido el carácter administrativo del contrato y la sujeción de su régimen a falta de normas específicamente aplicables al Derecho privado la consecuencia a que llegan estas sentencias es la de que, en el caso de incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión del bien, procede la rescisión del contrato a instancia de la corporación cedente, bien por aplicación del artículo 647 del Código Civil (según el cual ‘la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso’) (sentencia de 28 de abril de 1993), bien por entender que al producirse la desafecta-

ción de los bienes en su día cedidos desapareció la causa que justificó la razón de ser del negocio jurídico y, por ende, su eficacia por desaparición de la causa del negocio, es decir, de la razón justificativa de su eficacia jurídica (sentencia de 12 de junio de 2001, recurso 322/1997), bien por aplicación del artículo 111 (antiguo artículo 97.2) del Reglamento de bienes de las corporaciones locales (sentencias de 23 de noviembre de 1992, recurso 4885/1990 [RJ 1992, 9210] y 26 de junio de 2003, recurso 9811/1998 [RJ 2003, 4416]). Del mismo modo hemos dicho en reiteradas sentencias (por todas la de 26 de junio de 2003 (recurso de casación 9811/1998) que aun cuando, como ocurre en el caso de autos la cesión se hubiese realizado al amparo del Reglamento de bienes aprobado por el Decreto de 27 de mayo de 1955 no excluye la aplicación del ulterior de 1986, al que se remite la recurrente, pues la disposición transitoria de éste, aprobada por el Real decreto 1372/1986, de 13 de marzo, prevé su aplicación a cuantos trámites hayan de efectuarse a partir de su publicación.”

Con relación a si ha habido o no infracción de los artículos 109 y 111 del Reglamento de bienes de las entidades locales y el artículo 79.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, según el tribunal Supremo debe determinarse cuál fue el fin para el que se realizó la cesión y una vez precisado éste, que en todo caso habría de ser en beneficio de los habitantes del término municipal, determinar si el mismo se ha cumplido o no o en su caso si se mantuvo su destino como exige el artículo 111 del Reglamento de bienes.

El Tribunal Supremo desestima el motivo en base a lo siguiente:

“De los términos en que según hemos recogido se produjo la cesión por la Junta Vecinal en diciembre de 1966, a la vista de la petición de la Diputación Provincial ha de concluirse que el fin de la cesión fue según literalmente se dice ‘la construcción del Monumento al Emigrante, que como homenaje a la figura del Indiano y Marina de Castilla proyecta erigir esa Diputación’ y ése es el único fin que expresamente se recoge, por lo que no cabe aceptar como pretende la recurrente que la finalidad de la cesión fuera otra que la que realmente lo fue, a saber la construcción del Monumento. El Tribunal *a quo*, a la vista de la prueba de reconocimiento judicial practicada, concluye que el Monumento se mantiene y que además lo está en perfecto estado de conservación, sin que la instalación de las antenas radiofónicas por la forma en que está realizada incida, interfiera o altere el Monumento y su configuración. De estos hechos declarados probados por el Tribunal de instancia, debe partir esta Sala, al no haberse impugnado la valoración de la prueba hecha por aquel, por cualquiera de los estrechos cauces que permitirían ello en sede casacional.

“Consiguientemente, ha de concluirse que la finalidad única de la cesión, que como hemos dicho era la construcción del Monumento se ha cumplido y mantenido en los términos recogidos, hallándose el Monumento en perfecto estado de conservación tal como estima el Tribunal *a quo* a la vista de la prueba de reconocimiento judicial. A ello ha de añadirse que no ha habido una supuesta enajenación del terreno y Monumento en favor de Cantur SA, pues según consta por certificación del Gobierno de Cantabria (folio 272) ‘Las instalaciones del Monumento al Indiano y Marina de Castilla’ pertenecen al Gobierno de Cantabria, que las tiene adscritas para su explotación a la Empresa Pública Regional Cantur SA, adscripción esta que no altera ni la titularidad de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ni su titularidad que sigue siendo de dominio público.”

En el segundo submotivo del recurso se alega una vulneración del artículo 43.3.b) de la Ley 30/1992 y del artículo 111 del Reglamento de bienes de las entidades locales. El Tribunal Supremo los desestima en base a que:

“resulta palmario que no cabe otorgar por la vía del silencio

facultades que el ordenamiento jurídico no otorga, y más cuando afectan a facultades relativas al dominio público, siendo así que como hemos dicho en el caso de autos no se dan ninguno de los supuestos que según el artículo 111 del Reglamento de bienes de las entidades locales harían procedente la reversión solventada.”

La desestimación del recurso de casación interpuesto determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de una condena en costas a la parte recurrente, fijándose en mil quinientos euros la cantidad máxima a repercutir por dicho concepto, por lo que a honorarios de letrado se refiere.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En cuanto a la naturaleza jurídica de una cesión como la que es objeto del pleito, se cita la STS de 14 de febrero de 2006.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Es necesario acreditar y justificar la necesidad, no sólo la conveniencia, para poder realizar la permuta de bienes

SUPUESTO DE HECHO

El Pleno del Ayuntamiento de Adeje, en la sesión plenaria de 14 de noviembre de 2002, resolvió enajenar por medio de permuta tres parcelas ubicadas en el ámbito del PERI de La Caleta a la entidad Construcciones Hervén SL a cambio de un inmueble urbano ubicado en Adeje-casco y una compensación en metálico a abonar por la entidad mercantil mencionada.

El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias interpuso un recurso contencioso-administrativo y el 23 de marzo de 2004 se llevó a cabo ante notario la permuta en cuestión, debiendo destacarse que tanto el Ayuntamiento como la entidad mercantil Construcciones Hervén SL tenían conocimiento de la existencia del proceso contencioso-administrativo. En el momento de dictarse la sentencia, el inmueble adquirido por el Ayuntamiento mediante permuta es la sede del Juzgado de Paz.

La sentencia dictada estima íntegramente el recurso interpuesto contra los acuerdos impugnados declarando la nulidad de pleno derecho de dichas resoluciones administrativas y de los actos que de ellas deriven, todo ello con expresa imposición a la Administración demandada de las costas causadas a la parte actora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La argumentación del Ayuntamiento se centra en defender la necesidad de adquirir el inmueble del casco urbano por su evidente valor histórico, pero realmente eso, dice el Tribunal Superior de Justicia de Canarias no se lo discute nadie, y argumenta:

“puede perfectamente admitirse la necesidad e importancia de esa adquisición, pero eso no justifica en modo alguno que tenga que hacerse mediante una permuta de suelo del patrimonio municipal, máxime en un ayuntamiento con un presupuesto cercano a los 41 millones de euros, que, por su importancia a nivel turístico es uno de los ayuntamientos que puede calificarse como rico, lo cual es un hecho notorio; por qué para pagar 205.000 euros, teniendo un presupuesto de casi 41 millones de euros, es necesario acudir a la permuta de terrenos de titularidad municipal, eso es lo que el Ayuntamiento no ha justificado en modo alguno; es más no deja de ser extraño que la entidad mercantil adquiriera el inmueble que le interesaba al Ayuntamiento poco más de año y medio antes de que se iniciaran los trámites para la permuta, que además, esté dicha entidad dispuesta a permutar un inmueble en el casco histórico, protegido y con dificultades para su rehabilitación y explotación moderna por la necesidad de mantener la fachada, a cambio de tres parcelas edificables, al final con casi tres alturas, y pagando un precio añadido de 47 euros cuyo destino no se ha justificado por el Ayuntamiento por lo que se ignora si se ha destinado a servicios generales o a otras cuestiones.”

Finaliza afirmando:

“Las propias sentencias del Tribunal Supremo que cita la defensa de la Administración demandada, de fechas 15 de junio de 2002, 18 de mayo de 2005 y 16 de febrero de 2005 defienden posturas totalmente contrarias al criterio mantenido por el Ayuntamiento y precisamente resaltan que es necesario acreditar y justificar la necesidad, no sólo la conveniencia, de acudir a la permuta y no a la subasta que es la regla general.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En cuanto a los requisitos para poder proceder a la permuta cita y aplica las STS 15 de junio de 2002, 18 de mayo de 2005 y 16 de febrero de 2005.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife). Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Recurso contencioso-administrativo núm. 431/2003
FECHA: 27 de febrero de 2007

PONENTE: Ilmo. Sr. Rafael Alonso Dorronsoro
DEMANDANTE: Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias

DEMANDADO: Ayuntamiento de la Villa de Adeje

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 276 y 280.1 del Real decreto legislativo 1/1992, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley del suelo; artículos 74 a 77 del Texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales; artículo 80 del Real decreto 781/1986, de 18 de abril, que aprobó el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, y artículo 112.2 del Real decreto 1372/1986, de 13 de junio, que aprobó el Reglamento de bienes de las entidades locales

DOCTRINA: Es necesario acreditar y justificar la necesidad, no sólo la conveniencia, de acudir a la permuta y no a la subasta, que es la regla general. Hay que justificar la necesidad de acudir a la permuta de terrenos de titularidad municipal, que es lo que el Ayuntamiento no ha justificado en modo alguno; es más, no deja de ser extraño que la entidad mercantil adquiriera el inmueble que le interesaba al Ayuntamiento poco más de año y medio antes de que se iniciaran los trámites para la permuta

5. Urbanismo, medio ambiente y vivienda

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Aragón. El incumplimiento de las obligaciones que la Ley impone a los municipios en materia de disciplina urbanística, cuando afectan directamente a la esfera jurídica de los ciudadanos, genera el derecho a ser indemnizados por los perjuicios derivados de ese defectuoso funcionamiento

SUPUESTO DE HECHO

Una asociación de vecinos y ciudadanos del municipio de Zaragoza formuló una reclamación de responsabilidad patrimonial por dejación de funciones de policía ambiental en materia de ruidos y vigilancia respecto de los horarios de cierre de los establecimientos públicos contra el Ayuntamiento de Zaragoza y la Diputación General de Aragón. La primera fue desestimada presuntamente y la segunda de forma expresa, y contra ambas desestimaciones los vecinos formularon recursos contenciosos administrativos, que se acumularon.

En el suplico de la demanda se formulan las pretensiones siguientes:

“Que se condene al Ayuntamiento de Zaragoza a poner fin a la actitud de dejación pasiva o tolerancia en el clima de ruidos, impedimento del disfrute pacífico del domicilio y del derecho a la libre circulación. A la Diputación General de Aragón a poner fin a su actitud pasiva en relación con el cumplimiento de horarios en las zonas a que se refiere este procedimiento, que dificultan los mismos derechos fundamentales del anterior. Se condene solidariamente a los codemandados a abonar a cada uno de los demandantes personas físicas a unas sumas de dinero que concretaba en aquél suplico de la demanda.”

De este suplico parece desprenderse que en realidad lo que pretenden los demandantes es una condena por inactividad del Ayuntamiento de Zaragoza y de la Diputación General de Aragón por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley, en los términos del artículo 29.1 de la LJCA.

El juez de lo contencioso-administrativo de Aragón dicta la sentencia, en cuya parte dispositiva establece:

–Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del consejero del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales de la Diputación General de Aragón, de 26 de mayo de 2004, por la que declara no haber lugar a la reclamación de responsabilidad patrimonial contra aquella Administración.

–Estimar el recurso interpuesto por los mismos litigantes contra la desestimación presunta por parte del Ayuntamiento de Zaragoza de la solicitud formulada con fecha 2 de diciembre de 2003, y la anula dejándola sin efecto por ser contraria al ordenamiento jurídico, debiendo el Ayuntamiento de Zaragoza dar exacto cumplimiento a sus obligaciones legales a fin de que cesen las situaciones reseñadas en los fundamentos de la sentencia.

–Reconocer como situación jurídica individualizada el derecho de las personas físicas recurrentes a ser indemnizados por el Ayuntamiento de Zaragoza, cada uno de ellos en la cantidad de siete mil euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Se demanda a la Diputación General de Aragón como administración encargada de regular los horarios de apertura y cierre que deben regir en dichas actividades. El juez afirma que no puede prosperar la pretensión indemnizatoria respecto de dicha Administración al no constatarse la existencia de un daño derivado del funcionamiento del servicio público. Ello lo justifica en base a lo siguiente:

“Los demandantes no han justificado en qué medida la regulación normativa existente en materia de horarios al tiempo de

ÓRGANO: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Aragón. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 56/2007

FECHA: 14 de febrero de 2007

PONENTE: Ilmo. Sr. José Alfonso Tello Abadía

DEMANDANTE: Asociación de vecinos y particulares

DEMANDADO: Diputación General de Aragón, Ayuntamiento de Zaragoza y compañía Zurich España

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 5.3 y 26 de la Ley orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana, y artículos 11 y 53 de la Ley orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad

DOCTRINA: El incumplimiento de las obligaciones que la Ley impone a los municipios en materia de disciplina urbanística, cuando afectan directamente a la esfera jurídica de los ciudadanos, genera el derecho a ser indemnizados por los perjuicios derivados de ese defectuoso funcionamiento

formular su reclamación, es decir, la Orden de 23 de noviembre de 1997, les ha supuesto un perjuicio en su esfera jurídico-personal susceptible de protección.”

Y por tanto la cuestión debe plantearse desde el otro punto de vista:

“en concreto, que la regulación de los horarios de los establecimientos y las infracciones a ella relativas no son competencia de la Administración municipal, sino que lo son de la comunidad autónoma, de manera que, se insiste, no se trata del ejercicio de una competencia propia y la actuación es en virtud de la obligación genérica de denunciar que le impone la Ley orgánica 1/1992.”

Resulta que, por lo que consta en el expediente administrativo, la Administración autonómica ha ejercido su competencia sancionadora, y no existen motivos para estimar que denuncias sobre excesos horarios que les hubieran llegado no hayan sido tramitadas en la debida forma, y el juez, respecto de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, no aprecia motivos que justifiquen la existencia de esa inactividad que se pretende, ni en lo relativo a la actividad de producción normativa, ni tampoco en el ejercicio de la potestad de control de los horarios de los establecimientos.

Respecto al Ayuntamiento de Zaragoza el juez afirma que:

“sus competencias en el sector al que se dedican los establecimientos, se sitúan en el ámbito urbanístico, así, la concesión de licencias urbanísticas para el desarrollo de la actividad de que se trate y el ejercicio de la disciplina urbanística.”

En relación con todo lo cual:

“El Ayuntamiento ha desarrollado su potestad normativa y ha dictado disposiciones generales en la materia, que tienen precisamente por finalidad impedir la proliferación de actividades como

las señaladas [...]. En lo que se refiere a la concesión de licencias, no consta que el Ayuntamiento de Zaragoza haya sido descuidado o negligente a la hora de su concesión. No existe indicio alguno, que la parte tampoco se ha molestado en aportar, de que la concesión de licencias en el ámbito que nos ocupa se haya producido con infracción de la normativa de aplicación. La cuestión va a residir en lo que se refiere a la disciplina urbanística.”

El juez examina el expediente en relación con la represión de las actividades que se desarrollan sin licencia y localiza un listado de bares de la zona, donde están los domicilios de los demandantes, que aunque disponen de licencia urbanística no tienen licencia de apertura y la casi totalidad de estos establecimientos mencionados han sido denunciados por molestias ocasionadas por ruidos, lo que permite suponer que el bar estaba abierto al público y la actividad se estaba desarrollando, y ello a pesar de no disponer de la licencia de apertura que habilitaba la actividad.

El juez concluye que:

“La situación, tras lo que se acaba de decir hasta aquí es la siguiente: se trata de unas pocas calles en las que existe una proliferación extraordinaria de bares, que es considerada acústicamente saturada; que algunos de esos bares, a pesar de que no disponen de licencia de apertura, han estado abiertos al público; que tanto éstos como los que sí disponen de licencias han venido siendo denunciados por molestias procedentes de la actividad, lo que lleva a concluir que el Ayuntamiento de Zaragoza no ha adoptado las medidas oportunas en orden a garantizar a los vecinos el pacífico disfrute de sus domicilios, no desplegando la actividad que le sería exigible en orden a evitar situaciones en las que como consecuencia de dichos incumplimientos se derivasen perjuicios para los vecinos que no tienen obligación de soportar. Hay que decir, como ya hizo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en la sentencia de 21 de diciembre de 2005, que las molestias a las que se refiere este procedimiento, como sucedía en aquél, no son las producidas por las personas que puedan estar en la calle, sino las que vienen originadas desde los establecimientos. El incumplimiento que se acaba de reseñar denota un funcionamiento

anormal de la Administración que supondrá el incumplimiento de las obligaciones que la Ley le impone en materia de disciplina urbanística que afectan directamente a la esfera jurídica de los afectados y que generará el derecho a ser indemnizados por los perjuicios derivados de ese defectuoso funcionamiento.”

En cuanto a la indemnización, la fija en siete mil euros a cada afectado, en base a lo siguiente:

“En esta ocasión los demandantes, del mismo modo que hicieron en el recurso que vio la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, han acudido al expediente de solicitar el precio que correspondería por el alquiler de una vivienda, y hay que decir, como ya decía la sentencia referida, que no consta que las molestias padecidas les hayan obligado a abandonar su domicilio y a tener que vivir durante todo el tiempo en otro distinto, con el consiguiente desembolso del precio del arrendamiento, por lo que este parámetro del mismo modo que hacía aquel Tribunal no podrá tenerse en cuenta. Pero no obstante, del mismo modo que decía la sentencia referida, es evidente que los vecinos han venido soportando durante todo este tiempo unos considerables quebrantos en su tranquilidad que deberán ser necesariamente resarcidos, considerándose al respecto suficiente la cantidad de siete mil euros por cada uno de ellos, entendidos como personas físicas demandantes en el presente recurso contencioso-administrativo. Añadiendo que si bien es cierto que no todos los bares afectan a todos los vecinos de una forma inmediata se trata de una situación en la que la totalidad de los vecinos sufren las consecuencias por la falta de una adecuada respuesta municipal que impidiera una situación como la existente. Al abono de dicha indemnización vendrá obligado el Ayuntamiento de Zaragoza.”

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En cuanto a la indemnización por los quebrantos en la tranquilidad de los afectados causados por el ruido, se ampara en los criterios establecidos por la STSJ de Aragón, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de diciembre de 2005 (RJCA 2006/359).

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Debe anularse el planeamiento por infracción de la norma urbanística de aplicación directa de protección del paisaje, cuando aquél prevé una agresiva modificación de la topografía y soluciones arquitectónicas exageradas y forzadas para implantar usos residenciales, y produce con ello un importante impacto paisajístico

SUPUESTO DE HECHO

El objeto del presente recurso es el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Piélagos de fecha 23 de marzo de 2004, por el que se aprueba definitivamente el Plan Parcial del Sector 2, Alto del Cuco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Arca realiza una impugnación indirecta del Plan General de Ordenación Urbana de Piélagos aprobado con fecha 13 de octubre de 1993, al entender que los terrenos afectados por la actuación urbanística prevista en el Plan Parcial se encuentran defectuosamente clasificados por aquél como suelo urbanizable, al proyectarse aquélla sobre la ladera del Monte Picota, cuyos desniveles hacen que no resulte apta para la edificación, amén del impacto paisajístico que produce. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria examina la jurisprudencia que sostiene el carácter discrecional de la clasificación del suelo como urbanizable, y cita expresamente:

—La STS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 364):

“como señala la sentencia de 22 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 1558) de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo,

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera.

Recurso contencioso-administrativo núm. 454/2004

FECHA: 29 de marzo de 2007

PONENTE: Ilma. Sra. María Teresa Marijuán Arias

DEMANDANTE: Asociación Arca

DEMANDADOS: Gobierno de Cantabria, Ayuntamiento de Piélagos y Fadesa Inmobiliaria

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 34 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de urbanismo y del suelo de Cantabria

DOCTRINA: Debe anularse el planeamiento por infracción del artículo 34 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de urbanismo y del suelo de Cantabria, norma de aplicación directa de protección del paisaje, cuando aquél prevé una agresiva modificación de la topografía y soluciones arquitectónicas exageradas y forzadas para implantar usos residenciales, y produce con ello un importante impacto paisajístico

se 'ha ido alumbrando técnicas que permiten un control jurisdiccional de los contenidos discrecionales del planeamiento, pero, aun así, resulta claro que hay un núcleo último de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial'."

—La STS de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9204):

"sino ante una cuestión de clasificación de unos terrenos como suelo urbanizable programado, en parte, y como suelo no urbanizable, en parte también, [...] nos encontramos en un ámbito discrecional respecto del que en su control jurisdiccional únicamente cabe examinar la existencia de un desacomodamiento a lo legal o reglamentariamente dispuesto, una desviación de poder o una arbitrariedad o irracionalidad en la solución propuesta por el Plan, ya que en lo demás goza aquel de una entera libertad para elegir la forma en que el territorio ha de quedar ordenado."

—La STSJ de Baleares de 25 de enero de 2002 (RJCA 2002, 367):

"Esta posibilidad de revisión y modificación es el conocido *ius variandi* a favor de la Administración, que le permite alterar el contenido de los instrumentos de planeamiento. La discrecionalidad administrativa en este punto es de las más amplias que pueden encontrarse por cuanto no queda vinculada ni por el sentido de la ordenación urbanística anterior, ni por las expectativas o derechos urbanísticos particulares, ni por los posibles convenios urbanísticos suscritos."

"La extensa discrecionalidad administrativa en la formulación y alteración del planeamiento urbanístico no siempre puede merecer la calificación de discrecionalidad 'técnica' entendida como juicio de oportunidad entre soluciones técnico-urbanísticas, sino que en muchas ocasiones implica toma de decisiones sobre el modelo territorial a desarrollar, lo que tiene un componente de juicio de oportunidad de configuración social a decidir por quienes gozan de legitimación democrática para ello, en virtud de su condición de representantes de la voluntad popular. En suma, no sólo pueden contemplarse la toma de decisiones sobre el planeamiento desde unos criterios técnicos-urbanísticos, sino también desde criterios sociológicos, económicos, culturales, medioambientales, etc. A mayor discrecionalidad, menor ámbito susceptible de control, por lo que este control se restringe a supuestos limitados. La STS de 28 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1083) los cita al referirse a 'la potestad discrecional o *ius variandi* de la Administración urbanística al planificar, aunque siempre sujeta a los principios contenidos en el artículo 103 de la CE (RCL 1978, 2836); de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de aquella potestad tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, ha incurrido en error, o al margen de aquella discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas o con desviación de poder o con falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas estas condensadas en el artículo 3 en relación con el 12 del Texto refundido de 1976 (sentencias de 30 de octubre de 1991 [RJ 1991, 9178], 30 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9002], 16 [RJ 1993, 536] y 23 de febrero de 1993 [RJ 1993, 543], 22 de febrero [RJ 1994, 1461], 6 de abril [RJ 1994, 2764] y 19 de julio de 1994 [RJ 1994, 6382]'. En consecuencia, el control se limita a examinar si concurre alguno de los mencionados supuestos de error, alejamiento de los intereses generales, falta de motivación, desviación de poder o desconsideración de la seguridad jurídica."

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, al proyectar la anterior doctrina al caso examinado, concluye:

"En el supuesto de autos, en el que no nos encontramos ante la impugnación de una modificación ulterior del PGOU de Piélagos, cuya aprobación data de 1993, sino ante la impugnación indirecta

del mismo al cuestionar uno de sus actos de ejecución, esto es, el Plan Parcial aprobado en el año 2004, que desarrolla el Sector 2 clasificado por aquél como suelo urbanizable, categoría ésta que se pone en cuestión por la recurrente, hemos de indicar que no ha resultado acreditado ni pericialmente ni mediante prueba de otra índole, que el planificador incurrió en error, desviación de poder o falta de motivación al optar por dicha clasificación, la cual puede o no compartirse, pero lo cierto es que el planeamiento ha optado por ubicar el desarrollo urbanístico del municipio en este Sector 2 y colindantes, lo que resulta conforme a Derecho, según hemos ido exponiendo."

Por tanto, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria entiende que el punto de partida es que la clasificación de PGM es correcta y el objeto de la sentencia será:

"valorar si la actuación urbanística prevista en el Plan Parcial resulta o no conforme con las exigencias del artículo 34 de la Ley 2/2001, del suelo de Cantabria, lo que resulta ser una cuestión muy distinta de la ilegalidad del PGOU en orden a la clasificación del suelo como urbanizable, ya que en el seno de ésta caben muchos y muy variados proyectos de actuación para el desarrollo urbanístico de las parcelas afectadas por el Plan Parcial que han merecido dicha clasificación, con lo que el meollo del presente recurso reside en determinar si la opción de modelo territorial contenida en el Plan General y materializado para el Sector 2 de suelo urbanizable por el Plan Parcial impugnado resulta ser respetuosa y acorde con los valores paisajísticos y medioambientales que el artículo 34 de la Ley 2/2001 trata de proteger, lo que deberemos analizar a la luz de los informes periciales emitidos así como del Informe de impacto ambiental presentado por el promotor y consiguiente evaluación de impacto ambiental aprobatoria emitida por la Consejería de Medio Ambiente."

El eje central del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Arca es la vulneración de las disposiciones que sobre protección paisajística y medioambiental contiene el artículo 34 de la Ley 2/2001, del suelo de Cantabria, que no deja de ser la transposición al ámbito de la comunidad autónoma de la normativa análoga contenida en el artículo 138 de la Ley del suelo de 1992.

La STS de 10 de abril de 1996 (RJ 1996, 2940), que se cita por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, al examinar el artículo 138 de la Ley del suelo de 1992 establece que los supuestos de hecho que el precepto trata de proteger son:

"1) Los lugares de paisaje abierto y natural, rural o marítimo; 2) Los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales; 3) Carreteras y caminos de trayecto pintoresco."

A su vez, que las actividades humanas que inciden sobre esta situación natural son:

"Masa y altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos."

Y finalmente, que el efecto prohibido es:

"1) Limitar el campo visual para contemplar las bellezas naturales; 2) Romper la armonía del paisaje, y 3) Desfigurar la perspectiva propia del mismo."

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria afirma:

"que nos encontramos ante un lugar de paisaje abierto y natural con específicos y reconocidos valores paisajísticos no sólo por la parte recurrente, sino también por la codemandada Fadesa a los que realiza cumplida referencia en su Informe de impacto ambiental, el paso siguiente consistirá en analizar cuáles son los impactos paisajísticos que a consecuencia de la actuación urbanística pueden producirse, a qué elementos del paraje afectan y las medidas correctoras previstas por el Informe de impacto ambiental y estimación de impacto ambiental aprobatoria de la Consejería de Medio Ambiente, todo ello a efectos de determinar si quedan salvaguardados los valores

naturales que encierra, realizando especial hincapié en aquéllos que la asociación recurrente Arca reputa como directamente atentatorios contra el paisaje preexistente.”

El Informe de impacto ambiental, en lo que a este extremo se refiere, considera que la fragilidad visual del paisaje es media o moderada, con una cuenca visual intermedia en torno a 30-35% del total del entorno, sin que en ningún momento se indique cuáles son los puntos de observación tomados como referentes a la hora de determinar la extensión de aquélla, aportando fotografías estratégicas que no revelan las auténticas dimensiones de aquélla y el perito judicial arquitecto establece una muy distinta amplitud de la cuenca visual.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria concluye:

“Todo ello nos da una idea de la amplitud de aquélla, ya que según los datos anteriormente expuestos de la actuación urbanística es perceptible visualmente hasta desde 5 km de distancia, dicha visión puede prolongarse incluso a lo largo de 1 km, y lo que resulta trascendente, los puntos de referencia para determinar la cuenca visual no son lugares remotos ni escondidos, con lo que se minimizaría el impacto visual teniendo en cuenta el número de personas que transitan por los mismos, sin que aquélla se ha fijado desde dos carreteras autonómicas, una carretera nacional, la línea de FEVE y la autovía A-67, Santander-Torrelavega, por lo que debemos concluir que la cuenca visual es amplia tanto desde el punto de vista de su magnitud como desde el punto de vista de las personas que podrán contemplar la actuación urbanística prevista, lo que inicialmente da una idea de la magnitud de la actuación urbanística (400 viviendas) atendiendo a los puntos de observación desde los que aquélla puede contemplarse, por lo que en ningún momento puede afirmarse que pasará desapercibida, antes bien, produce un impacto visual importante desde relevantes zonas de observación.”

La Sala finalmente se adentra en el análisis de lo que a su juicio constituye el más significativo de los impactos paisajísticos, esto es, la alteración de la topografía del Monte Picota como consecuencia de la actuación urbanizadora. Del análisis de la prueba pericial concluye:

“Sin necesidad de mayores valoraciones y mediante la simple referencia a las cifras anteriormente reseñadas no puede sino concluirse que se va a producir una alteración topográfica de la ladera que en ningún caso puede ser calificada de moderada, ya que los taludes sitos en dirección Este-Oeste, no tienen otra finalidad que la obtención de superficies allanadas alargadas en la misma dirección, donde se van a construir dos hileras de viviendas, solución arquitectónica que resulta ser forzada, al precisarse actuaciones tan agresivas para poder ejecutarse las previsiones del Plan Parcial, léase desmontes y taludes que el propio perito (geólogo), califica como inusuales en urbanizaciones, aunque no en la realización de infraestructuras (carreteras y similares).

“Abundando en idénticas conclusiones, el perito arquitecto resalta de nuevo que encajar 400 viviendas en la ladera del monte lo es a costa de realizar desmontes y taludes escalonados, generándose desniveles de hasta 16 metros (prácticamente coincidente la cifra con la apuntada por el geólogo), solución arquitectónica que exige grandes movimientos de tierras que alteran el perfil de la pendiente, con utilización generalizada de muros de contención de tierras y taludes casi verticales con una altura muy superior a 1 metro.

“Dichas soluciones arquitectónicas resultan ser mas graves al no ubicarse exclusivamente sobre la falda de la ladera, sino que ascienden a cotas bastante altas de monte, extremo importante a efectos de impacto visual, dando como resultado, en palabras del propio perito, ‘una alteración del relieve natural importante y a un impacto notable sobre la percepción del paisaje, que perderá toda armonía con las demás parcelas de la ladera sur, ajando la composición y el orden de la misma y por

ende la armonía del conjunto montañoso, obteniéndose un paisaje netamente urbano, en un entorno de carácter natural y rural de que gozan las demás parcelas de la ladera sur’.

“Permítasenos decir, en términos coloquiales, que la actuación urbanística prevista ha supuesto una ‘dentellada’ al Monte Picota, situando en un semicírculo de la ladera sur de 21,6 hectáreas un más que apreciable número de viviendas, para cuya ubicación se han realizado las actuaciones forzadas descritas en los anteriores fundamentos que, amén de su aspecto estético, que la Sala lógicamente no entrará a valorar, han desfigurado completamente el monte, sin que tal resultado vaya a paliarse a través de las medidas correctoras previstas a las que haremos inmediata referencia y que según el Informe de impacto ambiental hacen compatible la ejecución del Plan Parcial con los impactos paisajísticos, que consideran negativos e irreversibles (véase cuadro de la página 170 del Informe).”

Frente a ese impacto la medida correctora impuesta de forma expresa por el documento de estimación de impacto ambiental favorable de la Consejería de Medio Ambiente, es un corredor ambiental de entre 40 y 60 metros, que se discurre sobre la parte superior de la parcela y cuya repoblación se pretende realizar a través de encinar y zona de bosques mixtos y cuya ubicación se aprecia en los planos obrantes a los folios 176 y 177 del Informe de impacto ambiental.

La Sala valora la medida correctora del siguiente modo:

“En resumen, dicho corredor ambiental, en el diseño del mismo por la Administración sectorial, venía a paliar el impacto paisajístico en la parte alta del Monte de la Picota sin someter a aquélla a la acción urbanizadora, atenuación que tan sólo cabía de calificar de parcial, ya que desde el borde inferior del mismo arrancan las 400 viviendas, pero tan loable propósito ha resultado frustrado con la ubicación en el mismo de elementos urbanos (viviendas, aparcamientos, depósito de agua, viales) que constituyen de facto una intromisión en su pretendido carácter exclusivamente natural del corredor ambiental, de tal modo que su alcance corrector no resulta ser de la suficiente intensidad como para convertir el mismo en un factor relevante de amortiguación del impacto paisajístico.

“A modo de recapitulación debemos concluir que es la ruptura de la armonía del paisaje, en un entorno natural rural precisado de protección sobre el que las actuaciones urbanísticas precedentes no han hecho sino contribuir a su progresiva degradación, la que en definitiva sustenta la anulación del Plan Parcial del Sector 2 de Piélagos, por su clara vulneración del artículo 34 de la Ley 2/2001 del Suelo de Cantabria, la cual se ha apreciado por esta Sala partiendo de pruebas objetivas, periciales y documentales, huyendo de peligrosos subjetivismos y consideraciones estéticas opinables.

“La agresiva modificación de la topografía del Monte Picota, que forma parte del entorno paisajístico de los Montes de Liencres, y las exageradas y forzadas soluciones arquitectónicas previstas para poder implantar en aquél trescientas noventa y cinco viviendas no hacen sino quebrar una vez más el paisaje rural existente antes de la aprobación del Plan Parcial, convirtiendo el Sector 2 en un suelo netamente urbano, propósito ínsito en la clasificación de una parcela como urbanizable delimitada, pero al que se llega tras una actuación traumática sobre aquella donde aquél se ubica lo que produce un importante e incontrovertido impacto paisajístico que nos obliga a rechazar la actuación urbanística en las condiciones y con las características previstas por el Plan Parcial.”

La Sala estima el Recurso contencioso-administrativo promovido por Arca contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Piélagos de fecha 23 de marzo de 2004, por el que se aprueba definitivamente el Plan Parcial del Sector 2, Alto del Cuco, con

anulación del mismo y sin que proceda hacer mención expresa acerca de las costas procesales causadas.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Las STS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 364) y de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9204) y la STSJ de Baleares de 25 de enero de 2002 (RJCA 2002, 367), las cita y aplica en cuanto a la discre-

cionalidad en la clasificación por el planeamiento general del suelo como urbanizable.

La STS de 10 de abril de 1996 (RJ 1996, 2940), que interpreta el artículo 138 de la Ley del suelo de 1992.

Tribunal Supremo. Improcedencia de indemnizar al titular de licencias urbanísticas anuladas en vía jurisdiccional, por negligencia grave del solicitante al no haber apurado la comprobación de que el proyecto finalmente presentado era respetuoso con el ordenamiento vigente, una vez advertido al solicitante que el primero presentado contiene deficiencias graves y éste afirma haberlas subsanado

SUPUESTO DE HECHO

El 23 de noviembre de 1990 se interpuso por un particular un recurso contencioso-administrativo contra las licencias otorgadas por el Ayuntamiento de Lluçmajor para la construcción de una piscina climatizada y un gimnasio y de instalación del complejo deportivo formado por gimnasio, pista de tenis, bádminton, piscina climatizada y tobogán.

El proceso finalizó por sentencia estimatoria del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 15 de febrero de 1993 que anuló los actos administrativos impugnados, es decir, las licencias concedidas, y ordenó la suspensión inmediata de la actividad a que se refiere la licencia y la demolición de las obras efectuadas. En dicha sentencia se señalaba que contra la misma no cabía recurso ordinario.

Por el Ayuntamiento y el titular de las licencias se anunció ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, su intención de interponer ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo un recurso de casación para la unificación de doctrina. Admitido a trámite el mencionado recurso, emplazadas las partes y cumplidos los trámites oportunos, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó auto, de fecha 18 de junio de 1996, inadmitiendo el mismo.

Contra el anterior auto de inadmisión la actora en el recurso que examinamos interpuso ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo que, igualmente, fue inadmitido mediante resolución de fecha 13 de noviembre de 1996.

Finalmente, mediante escrito de 8 de junio de 1997 se formuló una petición de indemnización por importe de 649.242.429 pesetas por los perjuicios ocasionados por la anulación en vía jurisdiccional de las licencias, la cual fue desestimada por la resolución Ayuntamiento de Lluçmajor de 27 de octubre de 1997.

La compañía mercantil que sucede en los derechos de la mercantil titular de las licencias anuladas interpone un recurso contencioso-administrativo contra la resolución municipal que fue desestimado, al considerar prescrita la acción, por la sentencia dictada el 31 de octubre de 2002 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

Contra esta sentencia se formula recurso de casación, que es estimado por entender que no concurre la prescripción de la acción y el Tribunal Supremo dicta sentencia sobre el fondo y desestima el recurso contencioso-administrativo por entender que en la concesión de las licencias anuladas concurre negligencia grave de quien la solicitó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En los motivos tercero y cuarto, se argumenta que la Sala de instancia no tiene en cuenta la reiterada y conocida doctrina en relación con la *actio nata*, para el cómputo del plazo de prescripción.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo número 14/2003

FECHA: 9 de abril de 2007

PONENTE: Excm. Sra. Margarita Robles Fernández

DEMANDANTE: Empresa mercantil

DEMANDADO: Ayuntamiento de Lluçmajor

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 232 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992

DOCTRINA: Improcedencia de indemnizar al titular de licencias urbanísticas anuladas en vía jurisdiccional, por negligencia grave del solicitante al no haber apurado la comprobación de que el proyecto finalmente presentado era respetuoso con el ordenamiento vigente, una vez advertido al solicitante que el primero presentado contiene deficiencias graves y éste afirma haberlas subsanado. Inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial el auto inadmitiendo el recurso de casación para la unificación de doctrina, por el hecho que previamente la sala de instancia lo admite a trámite y la recurrente tiene la legítima creencia de que su recurso es admisible

El Tribunal Supremo recuerda que:

“Esta Sala en reiteradísimas ocasiones, además de en las sentencia que cita la sentencia recurrida, y a la que añadiremos por todas la de 7 de febrero de 2005, ha consagrado la doctrina consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de *actio nata* (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

“Con base en ello se ha mantenido por ejemplo que una acción civil encaminada a exigir dicha responsabilidad ‘salvo

que sea manifiestamente inadecuada' comporta la eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, y se ha razonado también sobre la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa.

"La cuestión se circunscribe a resolver si la interposición de un recurso de casación para unificación de doctrina que se inadmite por el Tribunal Supremo por no ser el recurso procedente, cuando la sala de instancia ante la que se interpuso, lo había admitido previamente, determina que el inicio del plazo de prescripción haya de ser la fecha en que se dicta tal auto de inadmisión, [...] ha de tenerse en cuenta que el artículo 97 de la Ley jurisdiccional establece que el recurso de casación para unificación de doctrina se interpondrá directamente ante la sala sentenciadora y en el caso de autos la sala que dictó sentencia anulando las licencias, de conformidad a lo dispuesto en el párrafo 3 de dicho artículo 97 procedió a su admisión, habiendo estado consiguientemente la recurrente en la creencia de que su recurso era admisible. Así las cosas, y teniendo en cuenta las exigencias del principio *pro actione*, y de la *actio nata*, al que anteriormente nos hemos referido, la consecuencia obligada es que el inicio del plazo para el cómputo de la prescripción de la acción debe computarse desde la fecha en que el Tribunal Supremo, por auto de 18 de junio de 1996, inadmite el recurso, anteriormente admitido por la sala sentenciadora, y por tanto representada la reclamación el día 8 de junio de 1997 no cabe reputar prescrita la acción, lo que obliga a la estimación de los motivos de recurso tercero y cuarto."

La estimación de dichos motivos de recurso exige al Tribunal Supremo entrar en el fondo de la cuestión debatida y determinar si se da o no una responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la anulación de las licencias.

El Tribunal Supremo recuerda la jurisprudencia reiterada de esta sala (por todas, sentencia de 20 de enero de 2005) que recoge la regla general de la indemnización de daños y perjuicios por causas de anulación de licencias municipales, establece a su vez que:

"Sin embargo, en esta materia, la regla general tiene una importante excepción en la norma contenida en el número 2 del artículo 232 de la citada LS 1992 al preceptuar que 'en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado'; prueba que ha de correr a cargo de quien la alegue como causa de exoneración conforme a las reglas generales. Y si es cierto que cuando se otorga una licencia que infrinja el ordenamiento, lo es a petición del interesado y como regla de conformidad con el proyecto presentado, por lo que hace difícil la posibilidad de alegar desconocimiento de la infracción (salvo en casos de ordenaciones urbanísticas incompletas o confusas, etc.). Sin embargo ello no es suficiente porque la nueva normativa no supone una exención total o absoluta de responsabilidad (frente al sistema anterior), sino que exige la existencia de dolo o culpa grave imputable al administrado. [...] Existe en este particular una reiterada doctrina jurisprudencial, entre otras, en sentencias de 21 de marzo, 2 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13, 29 y 12 de julio de 1999 y 20 de julio de 2000 que sostiene la exoneración de la responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido."

El Tribunal Supremo examina la prueba pericial y concluye que:

"las obras anteriores existentes y que no son objeto aquí de impugnación, se hallaban fuera de ordenación, si ello es así, en modo alguno, por la expresa prohibición del artículo 60.2 de la Ley del suelo de 1976 podía otorgarse licencia para un aumento de volumen como era la construcción de un gimnasio y piscina climatizada. Si a ello se le añade que las nuevas realizadas también, y, además, incumplieron la normativa urbanística, en lo que respecta a inadecuados, por los escasos retranqueos, se hace evidente que nos hallamos en presencia de una infracción urbanística manifiesta y grave."

En la sentencia dictada que anuló las licencias se describen una suma de ilegalidades y se hace referencia al incumplimiento por parte de la Administración de distintos preceptos de la Ley del suelo, pero también, señala el Tribunal Supremo:

"a ilegalidades contenidas en el proyecto presentado por la actora, a la que tal como recoge el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia se le denegó el 1 de abril de 1987, las licencias solicitadas al haberse apreciado en el proyecto presentado las deficiencias que se recogen en la sentencia, en la que se añade que se presentó un escrito alegando haber subsanado las deficiencias que había detectado la comisión municipal informativa."

La Sala concluye que:

"la actuación de la recurrente en relación con el proyecto que presenta y que dice subsanado, ha de reputarse cuando menos configuradora de una negligencia grave, al no haber apurado la comprobación de que el proyecto presentado era respetuoso con el ordenamiento vigente."

Además, el Tribunal Supremo examina el dictamen pericial que acredita que la obra ejecutada no se adecua tampoco a la licencia –ilegal– obtenida. No se ajusta en los siguiente: el gimnasio tiene una longitud superior en un metro a la que figura en el proyecto que obtuvo licencia, lo que supone una superficie construida excedida de 14,85 m²; el gimnasio incumple la separación mínima al lindero del torrente que según ordenanzas debe ser de 4 metros ya que en un punto se separa sólo 3,86 m; la situación del tobogán hidrotubo es diferente de la que se presentó en los planos del proyecto de la licencia ocupando, en la actualidad, parte del espacio de retranqueo de 4 metros y medio respecto del lindero de la zona verde pública y torrente; el vértice del edificio de la piscina cubierta más próximo a la pista de petanca actual ocupa parcialmente el área de retranqueo del lindero de la zona verde, en una superficie próxima a 1 m² y el área del edificio de la piscina cubierta situada entre el vaso de la piscina de saltos existente y el lindero del torrente ha sido ocupada por los vestuarios de señoras y caballeros, en una superficie construida aproximada de 49,50 m², cuando en los planos de la licencia figura como zona libre y ajardinada.

A la vista de todo el Tribunal Supremo concluye:

"que por las razones expuestas hemos de apreciar cuando menos una negligencia grave en la actora en relación con la concesión de las licencias de cuya anulación hace derivar los perjuicios por los que reclama y debe procederse a rechazar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada."

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En relación con la excepción de la regla general de indemnización de daños y perjuicios por causas de anulación de licencias municipales cita y aplica las STS de 20 de enero de 2005 (RJ 2005/719), de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8610) y de 20 de junio de 2000 (RJ 2000/7082).

6. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

Tribunal Supremo. En las acciones por responsabilidad patrimonial por eventuales daños y perjuicios sufridos por las personas al servicio de la Administración pública se debe ponderar que han asumido voluntariamente un riesgo y que, de acuerdo con la ley, tienen el deber jurídico de soportarlos, por lo que el daño no sería antijurídico. La Administración no vendría obligada a indemnizarles por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria

SUPUESTO DE HECHO

El 31 de enero de 1999, el actor, bombero, participó en una operación de rescate en el Monte Ory, y cuando descendía con una camilla para efectuar el rescate de un montañero, tras haber subido a la cima donde la misma se encontraba depositada, con adversas condiciones climáticas, hielo entre otras, cayó, desliziéndose por la cima, y produciéndose las graves lesiones.

Las lesiones causadas precisaron para su sanidad 365 días, la que se alcanzó con importantes secuelas, de las que destaca la pérdida de la extremidad inferior izquierda, por lo que precisa prótesis, presentando un muñón de pierna izquierda con zona redondeada de unos 3,5 centímetros de parte anteroinferior del muñón de aspecto macilento, con cicatriz carnosa y grieta profunda que se extiende oblicuamente a la cicatriz. A consecuencia de ello, el actor ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

El bombero accidentado formula un recurso de casación contra la sentencia que dictó la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 25 de abril de 2002, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de su reclamación de daños formulada ante el Consorcio del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento de Navarra, por las lesiones y secuelas sufridas a consecuencia de caída que hemos relatado en el Monte Ory, reclamación que cuantificó en la cantidad de 195.705,17 euros (32.562.601 pesetas), más los intereses legales correspondientes, así como la que se determine en período de ejecución de sentencia por gastos sanitarios, farmacéuticos, de prótesis y ortopédicos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y ratifica la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sala de instancia en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia:

“En el presente caso, frente a la doctrina general, existe la peculiaridad de que el resultado lesivo se produce en el ámbito de la actuación de un servicio público a un funcionario con unos especiales derechos y deberes con la Administración, dentro de la relación funcional que vincula a dicho funcionario con el ente administrativo demandado, de forma que se da una relación de sujeción especial del referido funcionario actor, que conlleva específicos deberes de éste, que es participe del actuar administrativo, e incluso de alguna forma agente, junto a otros intervinientes, dentro del proceso causal que da lugar al resultado dañoso. Por ello, se considera de aplicación a este supuesto la especial modulación de la doctrina general sobre la responsabilidad administrativa establecida por el Tribunal Supremo para los supuestos de relaciones de sujeción especial, en cuyo ámbito solo de existir funcionamiento anormal del servicio público el resultado dañoso es imputable a la Administración, mas no en los casos en que el servicio público ha funcionado de forma normal. Esta doctrina se ha aplicado por el Tribunal Supremo respecto a actuaciones de la Administración en establecimientos penitenciarios (sentencias del Tribunal Supremo de 15 y 22 de junio de 1988, 13 de marzo de 1989, 4 de enero de 1991, 13 de junio de 1995, 18 de noviembre de 1996, 25 de enero, 26 de

ÓRGANO: Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 3721/2002

FECHA: 16 de abril de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez

DEMANDANTE: Funcionario del Cuerpo de Bomberos del Consorcio del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento de Navarra

DEMANDADO: Consorcio del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamentos de Navarra
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 139 de la LRJPAC

DOCTRINA: En la responsabilidad patrimonial por eventuales daños y perjuicios sufridos por un servidor de la Administración, debe ponderarse que el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo y que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportarlos, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria. En el caso de funcionamiento anormal en la presentación del servicio, si concurren el resto de requisitos legalmente exigidos, la Administración puede ser responsable del resultado producido

abril y 5 de noviembre de 1997 y 26 de noviembre de 1998), y no parece que existan mayores dificultades para su aplicación en un caso como el contemplado de daños sufridos por el propio funcionario dentro del ámbito de la actuación administrativa. Por ello en el presente caso habría que buscar algún elemento de anomalía en la presentación del servicio para hacer a la Administración responsable del resultado producido.”

Y señala en el fundamento jurídico quinto *in fine* que:

“a tenor de los datos obrantes en el expediente no se encuentran factores de anomalía en la prestación del servicio, de forma que el desgraciado desenlace que se produjo es consecuencia de las propias especificidades y riesgos inherentes a la específica profesión del actor, que conlleva un peculiar régimen jurídico, con obligación de asumir determinadas consecuencias de su actuación profesional, en cuanto las mismas deriven del curso ordinario de la actuación administrativa, efectuada de forma normal.”

El primer motivo se fundamenta en que la sentencia ha prescindido del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración y el segundo motivo que el recurrente no viene obligado a soportar el daño sufrido.

El Tribunal Supremo afirma:

“El criterio que nuestra sala viene manteniendo respecto de la responsabilidad patrimonial en relación con los daños y perjuicios sufridos por un servidor de la Administración en acto de servicio, según las sentencias de seis de julio de dos mil cinco –y veinticuatro de enero de dos mil seis– que a su vez se remiten a la sentencia de uno de febrero de dos mil tres, es que ‘en el caso de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido también en la sentencia de diez de abril de dos mil. Por el contrario, y en el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anomalía es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, requerido por el apartado 1 del artículo 139 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anomalía del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado.’”

La Sala hace un detallado examen de los hechos probados y los contrasta con el relato de la sala de instancia y del actor, que argumenta:

7. Contratación pública

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Concorre el enriquecimiento injusto de la Administración pública cuando ha confeccionado el proyecto de obras complementarias y sin ser aprobado en forma se encarga su realización a la empresa a la que se había adjudicado el proyecto inicial, dando las oportunas órdenes la dirección facultativa del citado proyecto inicial

SUPUESTO DE HECHO

El objeto del recurso es la desestimación presunta de la solicitud presentada del recurso de reposición contra el acuerdo de 25 de marzo de 2003 mediante el que la Diputación Foral de Guipúzcoa aprobaba la liquidación parcial de las obras del tramo Vergara (Norte)-Éibar, Fase A, de la autopista Vitoria-Gasteiz-Éibar y la resolución de 20 de julio de 2004 que aprueba la liquidación del proyecto modificado núm. 6.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco establece:

a) Inadmite el recurso contencioso-administrativo formulado contra la desestimación presunta de la solicitud presentada del recurso de reposición contra el acuerdo de 25 de marzo de 2003 y la resolución de 20 de julio de 2004, que aprueba la liquidación del proyecto modificado núm. 6 en cuanto a la pretensión relativa al abono de los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras,

b) Lo estima parcialmente en cuanto al resto de pretensiones, y, en consecuencia, revoca la resolución impugnada condenando a la demandada al abono de 683.630,78 euros que devengarán el interés legal del dinero si no se hacen efectivos en el plazo previsto por el artículo 106 de la LJ.

El debate trata de las discrepancias con la Administración en la valoración del contenido formal (las cláusulas del contrato, los pliegos, el proyecto, etc.) del contrato administrativo y sus modificados y novaciones posteriores, para establecer las fases y procesos de ejecución de la obra y qué actuaciones concretas deben formar parte o no de aquéllos y, en su caso, generar los correspondientes devengos.

a) La injustificada actuación del piloto del helicóptero del Gobierno de Navarra al negarse a efectuar los correspondientes vuelos de aproximación a los heridos. b) La falta del número necesario de efectivos humanos para abordar los trabajos de salvamento de modo seguro, ya que en principio debieron ser tres los miembros del Grupo de Rescate de Montaña, puesto que se trataba de una salida urgente y así lo viene a contemplar el acuerdo laboral de 1999.

c) La errónea decisión del sargento al encomendarle que subiera sólo a la cima del Monte Ory para recoger la camilla, que entrañó un alto riesgo, puesto que sin la colaboración de ningún otro compañero no podía asegurar la operación de ascenso lo que supuso su caída por falta de aseguramiento.

El Tribunal Supremo concluye que los hechos establecidos en la sala de instancia no son adecuadamente combatidos en el recurso y que en modo alguno se ha justificado la omisión de medidas de seguridad que resultaran exigibles a la Administración demandada. Esta conclusión conlleva que desestime los dos motivos de casación.

Desestimado el recurso de casación el Tribunal Supremo imponer las costas al recurrente, hasta el límite de 1.000 euros en concepto de honorarios del letrado de la parte recurrida.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita y aplica en el mismo sentido las STS de 24 de enero de 2006 (RJ 2006/1037), 6 de julio de 2005 (RJ 2005/5207), 1 de febrero de 2003 (RJ 2003/2358) y 10 de abril de 2000 (RJ 2000/3352).

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 2512/2003

FECHA: 15 de febrero de 2007

PONENTE: Ilmo. Sr. José Antonio González Saiz

DEMANDANTE: Unión temporal de empresas adjudicataria de contrato de obra pública

DEMANDADO: Diputación Foral de Guipúzcoa

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 11, 13, 14, 49, 51 y 67 de la Ley de contratos de las administraciones públicas

DOCTRINA: Concorre el enriquecimiento injusto de la Administración pública cuando ha confeccionado el proyecto de obras complementarias y sin ser aprobado en forma se encarga su realización a la empresa a la que se había adjudicado el proyecto inicial, dando las oportunas ordenes la dirección facultativa del citado proyecto inicial.

La petición de daños y perjuicios derivados de la paralización de las obras ha de inadmitirse, ya que se trata de una materia que no ha sido sometida al procedimiento administrativo previo e imprescindible

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Superior de Justicia cita su propia doctrina jurisprudencial en relación con las reclamaciones de excesos sobre lo inicialmente proyectado establece. En primer lugar la sentencia incorpora otra de la misma Sala dictada en el recurso ordinario núm. 2732-03, que, en orden al carácter contractual de los pliegos, que establece:

“las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2000-recurso núm. 632-1993 (RJ 2000, 7976), 19 de enero de 2001-recurso núm. 7044-1996 (RJ 2001, 1642) y 28 de junio de 2004-recurso núm. 7106-2000 (RJ 2004, 5448): [...] la doctrina de esta Sala, que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación [...]. En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho.”

En segundo lugar, en cuanto a los excesos respecto lo proyectado, examina la jurisprudencia sobre enriquecimiento injusto, y cita la STS de 7 de octubre de 1999-recurso núm. 7203/1994:

“Cierto es que, atenuando y flexibilizando el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato establecido en los artículos 46 de la LCE y 132 de su Reglamento, por vía de equidad y de la prohibición del enriquecimiento sin causa, de indiscutible raigambre en nuestro Derecho desde el Derecho Romano hasta Las Partidas, la jurisprudencia ha venido reiteradamente a admitir indemnizaciones y abonos en supuestos como el de exceso de obras sobre el proyecto cuando aquéllas sean necesarias, se hayan realmente ejecutado y determinen un beneficio para la Administración correlativo al perjuicio derivado para el contratista, con el fin de llegar a un resultado de equilibrio entre aquélla y éste que sólo se lograría con la pertinente indemnización a favor del contratista, y de obtener la mayor reciprocidad de intereses entre las partes contratantes, modulaciones aquéllas al principio de riesgo y ventura de indiscutible apoyo en razones de Justicia cuya toma en consideración resulta imprescindible en la aplicación del Derecho y en la hermenéutica de sus normas, aunque su procedencia exige un examen casuístico y ponderado de las circunstancias concurrentes en un supuesto determinado al no ser posible la formulación de criterios generales al margen de aquéllas.”

En sentido muy parecido, cita las STS de 9 de octubre de 2000-recurso núm. 2459/1995, 16 de octubre de 2000-recurso núm. 3062/1995, 26 de febrero de 2001-recurso núm. 5128-1995, 11 de julio de 2003-recurso núm. 9003/1997; 18 de junio de 2004-recurso núm. 1903-1999; de 22 de noviembre de 2004-recurso núm. 4574-2001, y 27 de abril de 2005-recurso núm. 930-2003

La Sala afirma que:

“consta acreditado en el expediente remitido por la administración que la misma confeccionó el proyecto de obras complementarias controvertido así como que, por razones que no obran en el mismo, no siguió ulteriormente el procedimiento establecido para su debida aprobación en forma. No obstante tal irregularidad, no imputable al contratista sino a la administración, lo cierto es que el proyecto fue encargado a la empresa a la que se había adjudicado el proyecto inicial dando las oportunas órdenes la dirección facultativa del citado proyecto inicial. Es decir que las ordenes emanaban de quien correspondía por lo que había suficiente apariencia de normalidad en la contratación administrativa.”

Las consecuencias que de ello se derivan, las fundamenta en un nuevo repaso a la doctrina del Tribunal Supremo:

“Decíase en la sentencia de 8 de julio de 2004 (RJ 2004, 5231) que ‘una reiterada doctrina de esta Sala ha venido justificando en

la doctrina del enriquecimiento injusto la procedencia de reclamaciones de la naturaleza de la que aquí se analiza, cuya idea principal, como es bien sabido, consiste en evitar que cualquiera de los interesados pueda obtener una ganancia patrimonial o una pérdida del mismo carácter sin causa que pueda justificarlas’. Se añadía que ‘esta finalidad no se lograría si, tal como pretende la Administración demandada, se accediera a que la contraprestación económica que debe abonar por la obra de que se ha beneficiado tuviera que regirse por unos criterios de cálculo y de intereses moratorios distintos a los que han de ser observados cuando la obras se adquieren regularmente respetando los cauces procedimentales establecidos’. O en términos de la sentencia de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7354), recordando lo vertido en otra anterior de 18 de julio de 2003 (RJ 2003, 7778), ‘el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración’.”

La resolución de la sentencia y el importe de lo debido por enriquecimiento injusto se fundamenta en uno de los peritajes emitidos, respecto del que la Sala afirma que:

“no muestra elemento alguno que ponga en duda su objetividad, aparece como razonable y clara técnicamente y, por último, aparece perfectamente fundada en la normativa reguladora del contrato; por ello baste con remitirnos a su contenido.”

La Sala, respecto a las cantidades que se reclaman en concepto de daños y perjuicios derivados de la paralización de las obras, afirma que el recurso ha de inadmitirse, ya que se trata de materia que no ha sido sometida al procedimiento administrativo previo e imprescindible, se ha producido la denominada desviación procesal. En el escrito de recurso de reposición la actora únicamente expone que no ha renunciado a esta reclamación y esa indemnización, sus presupuestos y sus efectos, son un objeto perfectamente separable, susceptible de ser tratado en su propio expediente sin afectar al que ha originado este proceso ni a este último, no se ve afectada la liquidación de las obras ejecutadas sino que se trata de determinar quién debía sufrir las consecuencias de la paralización de la obra, si es que las ha habido.

Cita en este sentido la STS de 1 de febrero de 2005-recurso núm. 7661-2000, que establece:

“una reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 28 de febrero de 1994, 11 de febrero de 1995, 16 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2002 [RJ 2002, 6568], entre otras) recuerda que la Ley de la jurisdicción, pese al carácter revisor de la misma que impide que puedan plantearse ante ella pretensiones que no hayan sido previamente formuladas en vía administrativa, y superando viejas concepciones sobre la imposibilidad de atacar un acto con argumentos no articulados previamente, permite alegar, en favor de la misma pretensión ejercitada ante la Administración, cuantos motivos procedan, se hubieran o no invocado antes, al corresponder la distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que mientras aquéllos no puedan ser alterados en vía jurisdiccional, sí pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la única pretensión ejercitada.”

Por último, en cuanto al devengo de intereses afirma:

“ha sido a través del pleito, más exactamente en esta sentencia, donde se determina la liquidez de lo debido; hasta entonces lo debido era ilíquido y por ello no podía generar interés resarcitorio alguno *ex* artículos 1100, 1102 y 1108 del CC, aplicable supletoriamente y de los que resulta la naturaleza y finalidad del interés, resarcir los daños y perjuicios derivados del impago de lo debido.

En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre (RJ 2005, 9480) y 28 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3304), y 2 de febrero de 2004; en la primera, concretamente, podemos leer: 'la cuestión esencial que se plantea es precisamente la determinación de los conceptos indemnizables, ponen de manifiesto que no se trata de una cantidad líquida ni que resulte de unas simples operaciones aritméticas, precisando la previa decisión sobre los conceptos a valorar y sólo entonces se cuantifica la indemnización, que justifica la determinación del abono de intereses desde que se fija la cuantía del principal. Ello hace inoperantes las invocaciones del recurrente de la jurisprudencia y aplicación de los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, en cuanto se refieren al abono de intereses por el pago de cantidades líquidas'."

8. Obras públicas de interés general

Tribunal Supremo. La eventual indemnización o expropiación de bienes y derechos, consecuencia de las afectaciones que tengan las servidumbres aeronáuticas, entre ellas las acústicas, sobre las condiciones de uso y edificación previstas en el planeamiento urbanístico, debe resolverse de acuerdo con las reglas establecidas en materia de responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico y expropiatorias de carácter general

SUPUESTO DE HECHO

La Audiencia Nacional en el recurso promovido por el Ayuntamiento de Sant Quirze del Vallès contra la Orden del Ministerio de Fomento de 16 de julio de 2001, por la que se aprueba el Plan Director del Aeropuerto de Sabadell, dictó sentencia desestimándolo.

El Ayuntamiento formula un recurso de casación contra la sentencia y el Tribunal Supremo lo desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Ayuntamiento de Sant Quirze del Vallès alega como primer motivo de casación que la sentencia de instancia infringe el artículo 4.a) y c) del Real decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre ordenación de los aeropuertos y su zona de servicio.

En concreto, se alega que se infringe el precepto porque la memoria y el estudio de incidencia del aeropuerto y de las infraestructuras aeroportuarias en el ámbito territorial circundante son tres años anteriores a la aprobación del Plan Director e insuficientes porque no valoran de manera concreta el planeamiento del municipio recurrente, próximo al ámbito del Plan Director.

El Tribunal Supremo considera que el motivo no puede prosperar, dado que aunque el estudio sobre la situación del Aeropuerto de Sabadell se dice emitido en relación con la situación del mismo en 1998, tres años antes de la aprobación del Plan Director, tal circunstancia no tiene una incidencia sobre el Plan con la consecuencia de la nulidad que se pretende. Para ello, el Tribunal Supremo afirma que desde la perspectiva aeroportuaria el Plan Director delimita una zona de servicio en la que se incluirán las superficies necesarias para la ejecución de las actividades aeroportuarias, las destinadas a las tareas complementarias de las anteriores, y los denominados espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo y crecimiento del conjunto del aeropuerto. Desde una perspectiva urbanística las administraciones competentes en este ámbito urbanístico están obligadas a calificar los aeropuertos y su mencionada zona de servicio (delimitada por el Plan Director), en el momento de proceder a la aprobación de los planes y demás instrumentos generales de ordenación urbana, como Sistema General Aeroportuario, estándoles prohibido la introducción de determinaciones que supongan interferencia o perturbación en el ejercicio de competencias de explotación aeroportuaria.

Es por ello que la Sala entiende que no se ha producido devengo de interés alguno antes de esta resolución y que los que puedan causarse tras su dictado serán los establecidos en el artículo 106 de la LJCA.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En materia de enriquecimiento injusto, cita las STS de 9 de octubre de 2000-recurso núm. 2459/1995, 16 de octubre de 2000-recurso núm. 3062/1995, 26 de febrero de 2001-recurso núm. 5128-1995, 11 de julio de 2003-recurso núm. 9003/1997; 18 de junio de 2004-recurso núm. 1903-1999; 22 de noviembre de 2004-recurso núm. 4574-2001, y 27 de abril de 2005-recurso núm. 930-2003.

ÓRGANO: Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 6966/2003

FECHA: 28 de marzo de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Municipio de Sant Quirze del Vallès

DEMANDADO: Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea AENA

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 4.a) y c) del Real decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre ordenación de los aeropuertos y su zona de servicio, y apartados 3 y 5 de la disposición adicional única a la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea, introducida en dicha Ley por el artículo 63.4 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre

DOCTRINA: El Plan Director del aeropuerto no es el instrumento adecuado para establecer las servidumbres aeronáuticas, ni entre éstas determinar las que conllevan limitaciones que obligan a proceder a la expropiación de los bienes y derechos afectados o a indemnizar por alteraciones del aprovechamiento urbanístico.

La imposición de servidumbres (también las acústicas) se establece mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, conforme a las disposiciones vigentes, en cada momento, sobre tales servidumbres, y que en casos de urgencia, las servidumbres pueden ser establecidas por el Ministerio del Aire, quedando sin efecto si en el plazo de un año no son confirmadas por el Consejo de Ministros.

La eventual indemnización o expropiación de bienes y derechos, consecuencia de las afectaciones que tengan las servidumbres aeronáuticas, entre ellas las acústicas, sobre las condiciones de uso e edificación previstas en el planeamiento urbanístico, debe resolverse de acuerdo con las reglas establecidas en materia de responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico y expropiatorias de carácter general

El Tribunal Supremo establece:

“Pues bien, en dicho contexto, la falta de actualidad que se imputa al denominado Estudio de antecedentes y de la situación actual del aeropuerto no resulta un elemento determinante y esencial de la memoria del Plan Director, ni desde la perspectiva aeroportuaria ni desde la urbanística, por cuanto el mismo se presenta como la constatación o punto de partida de la realidad existente sobre la que proyectar, que es lo esencial, las determinaciones del futuro planeamiento configurando la nueva zona de servicio (con sus actividades y usos) y su consecuencia urbanística como sistema general.”

En cuanto al análisis que la documentación del Plan Director hace de los planeamientos circundantes, estima que es suficiente para cumplir con las indicadas finalidades aeroportuarias y urbanísticas.

El segundo motivo de casación considera infringidos los apartados 3 y 5 de la disposición adicional única a la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea, que fuera introducida en dicha Ley por el artículo 63.4 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre. El precepto dice así:

“1) Las servidumbres legales impuestas en razón de la navegación aérea, entre las que deben incluirse las acústicas, constituyen limitaciones del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que exigieren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional.

“2) Mediante disposición reglamentaria ha de establecerse el régimen jurídico de las servidumbres citadas y las condiciones de uso de los predios y sujeción parcial al interés general que comprende la protección de las personas, del medio natural y de la seguridad de la navegación aérea.

3) La disposición de desarrollo ha de delimitar las zonas de incompatibilidad, afectación e influencia de uso, instalaciones, actividades y edificaciones.

“4) El planeamiento territorial, el urbanístico y cualesquiera otros que ordenen ámbitos afectados por las servidumbres aeronáuticas, incluidas las acústicas, han de incorporar las limitaciones que éstas imponen a las determinaciones que legalmente constituyen el ámbito objetivo de cada uno de los instrumentos referidos.

“5) Sólo dará lugar a expropiación forzosa, la imposición de servidumbres aeronáuticas, incluidas las acústicas, que impidan el ejercicio de derechos patrimonializados.”

El Tribunal Supremo afirma que el Plan Director no es el instrumento adecuado para establecer las servidumbres aeronáuticas, ni entre éstas, determinar las que conllevan limitaciones que obligan a proceder a la expropiación de los bienes y derechos afectados:

“De acuerdo con el artículo 51 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea, la imposición de servidumbres se establece mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, conforme a las disposiciones vigentes, en cada momento, sobre tales servidumbres, y que en casos de urgencia las servidumbres podrán ser establecidas por el Ministerio del Aire, quedando sin efecto si en el plazo de un año no son confirmadas por el Consejo de Ministros.”

Del alcance y eficacia de dicho precepto y de su influencia en el ámbito urbanístico, y, en su caso, indemnizatorio, el Tribunal Supremo se remite a la doctrina establecida en la STS de 2 de noviembre de 1979, de la que dice, debe dejar constancia:

“el artículo 51 de la Ley de navegación aérea [...] configura a las servidumbres aéreas como limitaciones del dominio que afectan, como algo normal, a los terrenos, construcciones e instalaciones que circundan los aeropuertos en aras de la seguridad de la navegación (alcanzando al área de maniobra y al espacio aéreo de aproximación), que también es cierto que la

servidumbre aérea, en determinados casos: demolición de edificaciones existentes, ocupación temporal, entrada en predios por necesidades de la navegación, etc., no implica tan sólo una limitación legal del dominio (de contenido meramente negativo), sino que también puede determinar actuaciones de carácter positivo, con privación o limitación de bienes o derechos preexistentes, [...] que dan lugar a indemnización, tal como prescribe el artículo 54 de la propia Ley al reconocer tal derecho a favor de los titulares de los bienes afectados por los daños o perjuicios que les puedan originar las servidumbre impuestas en los artículos 51 y 53 de la Ley, si a ello hubiere lugar, con lo que el precepto legal proclama que la ‘indemnización’ como remedio o técnica jurídica de reparación económica no es consustancial a toda servidumbre aeronáutica sino que sólo es aplicable a determinados casos, concretables por vía aplicativa de expediente indemnizatorio posterior [...]. Que finalmente las servidumbres aeronáuticas establecidas no alteran, *per se*, las condiciones urbanísticas de las fincas afectadas, ni sus características de volumen edificable, etc., puesto que, en general, se reducen a establecer una limitación en las alturas y, por ello, no impide la aplicación de las posibles técnicas urbanísticas de actuación: reparcelación, concentración de volúmenes, expropiación, etc., que puedan permitir la continuidad de los planes urbanísticos, sin necesidad de un cambio de destino de las fincas afectadas; pero aunque fuese cierta la necesidad de esa modificación del destino, por alteración de uso, en la zona como consecuencia directa del nuevo régimen de servidumbres aeronáuticas, ello no llevaría consigo la inexcusable procedencia del expediente previo de expropiación forzosa y subsiguiente indemnización, porque las expectativas o potenciales derechos urbanísticos nacidos de un plan general de ordenación no constituyen un bien o derecho indemnizable, mientras no logren efectividad práctica a través del plan parcial, cuya modificación exija la previa expropiación, al reconocerse, tan sólo, como hecho generador de indemnización la modificación de planes parciales antes de cumplirse el plazo para el desarrollo del programa de actuación.”

Al declararse no haber lugar al recurso de casación, el Tribunal Supremo procede a condenar a la parte recurrente en las costas del mismo, si bien con la limitación, en cuanto a las minuta de los letrados, a la vista de las actuaciones procesales, de 2.000 euros para el letrado de AENA y de 1.000 euros para el defensor de la Administración General del Estado.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre alcance y eficacia del artículo 51 de la Ley de navegación aérea y de su influencia en el ámbito urbanístico, y, en su caso, indemnizatorio, el Tribunal Supremo se remite a la doctrina establecida en la STS de 2 de noviembre de 1979.

9. Derechos fundamentales y libertades públicas

Tribunal Supremo. Que una asociación de vecinos sea desde hace años, y con la aquiescencia del Ayuntamiento, el único usuario de unos locales comporta que éstos constituyen un ámbito de privacidad cuya inviolabilidad queda amparada por el artículo 18.2 de la Constitución

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de casación lo interpone la Asociación de Vecinos Llaranes-El Pozón, contra la sentencia de 27 de enero de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que desestimó el recurso dirigido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la actuación de los operarios municipales que el día 3 de mayo de 2001 procedieron a cambiar las cerraduras del Centro Cultural y Social Bustiello, sito en la calle Álamo, 2, de Avilés.

Según la sentencia de instancia:

a) La asociación recurrente tenía pleno conocimiento de que el local, del que no era titular, debía compartirlo con otras asociaciones, y que a pesar de los requerimientos que se le hicieron por las propias asociaciones y por el Ayuntamiento a que facilitasen las llaves y el acceso a los locales a las demás asociaciones, nada hicieron hasta que por operarios del Ayuntamiento procedieron a cambiar las cerraduras, momento en que una vocal de la asociación recurrente les ofreció las llaves para que pudieran acceder al mismo.

b) Una vez cambiadas las cerraduras no se le impidió el acceso a aquellas dependencias que le fueron adjudicadas, pues una vez levantado los cierres por el Ayuntamiento, éste no procedió a ocuparlos y a sustituir a la entidad recurrente en su disfrute, sino a adjudicarlos a aquellas entidades que había autorizado, facilitándoles el acceso a dicho local, de tal forma que nada impedía a la asociación demandante continuar desarrollando en ellas su actividad, con la privacidad necesaria para sus fines, así como su función asociativa, razones que nos conducen a la desestimación del recurso interpuesto.

El Tribunal Supremo estima el recurso y revoca la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En el primer motivo de casación se alega la infracción por inaplicación de los artículos 79.2 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, de los artículos 109.2 al 111 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales y del artículo 18 de la Constitución española. En el desarrollo del primer motivo de casación, la asociación recurrente sostiene que la decisión municipal en cuya virtud parte de los locales que venía usando a título de cesión gratuita pasaban a ser cedidos a otras dos entidades, la Asociación Deportiva Avilés y el Club Recreativo de la Tercera Edad El Álamo, es contraria a su derecho preexistente de uso y no fue adoptada por el órgano competente del Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo afirma:

“Pues bien, la cuestión relativa a si aquella decisión municipal fue adoptada o no por órgano competente [...] y la alegada vulneración del derecho de uso previamente concedido a la recurrente, pues no tiene cabida en este proceso especial el análisis de la alegada infracción de los preceptos que se citan del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local y del Reglamento de bienes de las corporaciones locales.”

En cuanto a la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal Supremo da por sabido el concepto constitucional de domicilio aceptado por la sala de instancia (“se

ÓRGANO: Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 1711/2003

FECHA: 26 de marzo de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas

DEMANDANTE: Asociación de vecinos

DEMANDADO: Municipio de Avilés

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 18.2 de la Constitución, y artículo 93 de la LRJPAC

DOCTRINA: Que una asociación de vecinos sea desde hace años, y con la aquiescencia del Ayuntamiento, el único usuario de unos locales comporta que éstos constituyen un ámbito de privacidad cuya inviolabilidad queda amparada por el artículo 18.2 de la Constitución

entiende por domicilio el espacio físico cerrado en el que se desarrolla el ámbito de privacidad de las personas, con independencia de que tenga carácter habitual, permanente o estable, o, transitorio, temporal o accidental, por cuanto que no excluyen que se desarrolle vida privada en exclusividad, es decir, con ánimo de eliminar el conocimiento a terceros”), así como su inviolabilidad (“gozan tanto las personas físicas como las jurídicas y asociaciones si bien con las singularidades propias de unas y otras en cuanto a la privacidad de sus relaciones”) y la protección constitucional (“la inviolabilidad del mismo en garantía de que dicho ámbito especial de privacidad elegido por una persona resulte exento o inmune a cualquier tipo de invasión o agresión exterior por parte de otras personas o autoridades públicas, incluidas las que pueden realizarse sin penetración física en el mismo, salvo las efectuadas con consentimiento de su titular o resolución judicial o en los casos de flagrante delito o situación de necesidad”).

Según queda de manifiesto en el fundamento quinto de la sentencia recurrida, concluye que no se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es porque otorgue relevancia al “supuesto consentimiento”, así lo califica la propia sentencia prestado con ese ofrecimiento de las llaves, sino porque la Sala de instancia considera “que la asociación recurrente no gozaba de privacidad exclusiva en la utilización del local para invocar en todo él la inviolabilidad del domicilio”. Esta última es la verdadera *ratio decidendi*.

El Tribunal Supremo rebate a la sentencia de instancia del siguiente modo:

“Vemos así que, aun considerando acreditado, como se hace en la sentencia recurrida, que la Asociación recurrente conocía la decisión municipal de permitir que otras entidades utilizaran los locales del Centro Cultural y Social Bustiello sito en la calle del Álamo, y que la recurrente había desatendido los requerimientos que se le hicieron para que permitiese a esas otras entidades su utilización, lo cierto es que la actuación de los efectivos municipales, rompiendo las cerraduras existentes e instalando unas nuevas, se produjo sin que previamente se hubiese notificado a la

Asociación de Vecinos Llaranes-El Pozón ninguna resolución que ordenara la entrada de funcionarios municipales en el referido local. En realidad, no hay constancia de qué autoridad municipal emitió esa orden de entrada, y ni siquiera la hay de que tal decisión revistiese la forma de una resolución expresa. Así las cosas, no habiendo mediado autorización judicial y tampoco consentimiento de los representantes de la asociación pues no puede considerarse como tal el ofrecimiento de las llaves que hizo, forzada por las circunstancias, una vocal de la asociación ante la evidencia de que se iba a proceder a la rotura de las cerraduras es obligado concluir que la actuación municipal se produjo con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución. Y, en directa relación con ello, debemos concluir que el Ayuntamiento de Avilés actuó en este caso infringiendo el artículo 93 de la Ley 30/1992 cuya vulneración se aduce, junto a la de otros preceptos de la Ley de procedimiento, en el tercer motivo de casación pues ese precepto legal determina que la Administración no debe llevar a cabo actuaciones materiales de ejecución sin que previamente se haya dictado y notificado al interesado la resolución que autorice esa actuación administrativa”.

El Tribunal Supremo concluye:

E) Jurisdicción civil

La obra arquitectónica ya erigida, siempre que posea un grado de originalidad suficiente, puede ser al tiempo funcional y constituir una obra artística. Puede incluirse un objeto arquitectónico, en este caso un puente, dentro del concepto legal contenido en el artículo 10.1 de la Ley de propiedad intelectual, y reconocer el derecho moral a la integridad de su obra al autor

SUPUESTO DE HECHO

El arquitecto que diseñó el puente Zubi Zuri de la ciudad de Bilbao considera que el puente es una auténtica obra de arte, y que la Ley de propiedad intelectual ampara que sea respetada en su integridad. La colocación de una nueva pasarela diferente a la que él concibió no respeta, en su opinión, tal circunstancia, y denuncia que se haya retirado la barandilla para permitir la conexión de ambas. Afirma también que la nueva obra “no responde a ninguna necesidad real de los ciudadanos de Bilbao”, porque el Zubi Zuri tiene “unos accesos perfectos y accesibles tanto por escalera como por rampa”.

En la demanda formulada solicita con carácter principal la condena del Ayuntamiento de Bilbao y las sociedades Vizcaína de Edificaciones, SA (Videsa) y Lariam 95, SL, a que:

a) Se declare que los demandados han vulnerado el derecho moral a la integridad de su obra.

b) Se condene a los demandados a cesar en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual del arquitecto y, a tal fin, restituir a su costa el Puente Zubi Zuri a su estado original, con la consiguiente eliminación de la pasarela y recolocación de la barandilla.

c) Se condene solidariamente a los demandados a satisfacer al actor una indemnización por daños morales en la cuantía que se estime oportuna, cantidad que entiende debería ascender a un mínimo de 250.000 euros.

d) Se condene a los demandados a publicar a su costa el contenido total de la sentencia en dos diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos diarios de máxima difusión en el País Vasco y en dos revistas especializadas en arquitectura, de difusión nacional e internacional, respectivamente.

Con carácter subsidiario se solicita, si no se admiten las anteriores peticiones y el juzgado considera que no es posible la demolición de la nueva pasarela:

“Y a esa consideración de que se ha vulnerado el mencionado derecho fundamental no cabe oponer el argumento de que el Ayuntamiento de Avilés actuó de tal modo por considerar que la asociación de vecinos no gozaba de derecho exclusivo a la utilización del local, pues aunque así fuese y, como ya hemos señalado, ésta es una cuestión de legalidad ordinaria que no cabe dilucidar en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, es notorio que la asociación recurrente venía siendo desde hace años, y con la aquiescencia del Ayuntamiento, el único usuario de los locales y que éstos constituían, por tanto, un ámbito de privacidad cuya inviolabilidad queda amparada por el artículo 18.2 de la Constitución.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara que ha lugar al recurso de casación y declara que la actuación municipal se produjo con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Casa la STSJ del Principado de Asturias de 27 enero 2003 (JUR 2003/75841).

ÓRGANO: Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya.
Jurisdicción civil. Recurso núm. 109/2007

RESOLUCIÓN: Auto núm. 231/2007

FECHA: 26 de abril de 2007

PONENTE: Iltre. Sr. Edmundo Rodríguez Achutegui

DEMANDANTE: Arquitecto diseñador del puente Zubi Zuri de Bilbao

DEMANDADOS: Ayuntamiento de Bilbao y empresas que han procedido a modificar el puente en cuanto a barandillas y accesos

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa; artículo 86.ter.2.a) de la Ley orgánica del Poder Judicial, y artículos 10.1.f) y 14 de la Ley de propiedad intelectual

DOCTRINA: La obra arquitectónica ya erigida, siempre que posea un grado de originalidad suficiente, puede ser al tiempo funcional y constituir una obra artística. En consecuencia, no se aprecia impedimento para incluir un objeto arquitectónico, en este caso un puente, dentro del concepto legal contenido en el artículo 10.1 de la Ley de propiedad intelectual, y reconocer el derecho moral a la integridad de su obra al autor

a) Se declare que los demandados han vulnerado el derecho moral a la integridad de su obra, condenando a los demandados a estar y pasar por esa declaración.

b) Se condene solidariamente a los demandados a satisfacer al Sr. L. una indemnización por daños morales en la cuantía que se estime oportuna atendiendo a las circunstancias del caso, que debería ascender a la cantidad mínima de 3.000.000 de euros.

c) Se condene a los demandados a publicar a su costa el contenido total de la sentencia en dos diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos diarios de máxima difusión en el País Vasco y en dos revistas especializadas en arquitectura, de difusión nacional e internacional, respectivamente.

El Ayuntamiento de Bilbao argumenta la falta de competencia objetiva del juzgado de lo mercantil, planteando que decline el conocimiento a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El juez dicta auto en el que desestima la cuestión de competencia por declinatoria y mantiene la competencia para conocer de la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Sobre la inexistencia de protección legal de la obra arquitectónica como presupuesto de la declinatoria

La Ley de propiedad intelectual, en el artículo 10, en opinión del juez:

“no contiene una enumeración exhaustiva sino enumerativa de las obras que pueden ser objeto de su protección [...], la protección que dispensa abarca cualquier creación original, sea cual sea su soporte, que merezca ser amparada por constituir una creación intelectual digna de serlo por su originalidad, entre las que ejemplifica las que enumera, y entre ellas el caso que destaca el demandado, es decir, los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas. Cualquier creación artística original, expresada en cualquier soporte, merece el amparo de la norma si supone una invención que es tenida en el concepto público como novedosa. [...] En el caso de la obra arquitectónica su funcionalidad, es decir, el destino a que se dirija, no impide que pueda, al tiempo, constituir una obra artística merecedora de amparo legal. Un inmueble puede ser al tiempo funcional, porque atienda una necesidad humana (vivienda, trabajo, ocio, espiritualidad, cultura...), y constituir una obra artística. En consecuencia no se aprecia impedimento para incluir un objeto arquitectónico, en este caso un puente, dentro del concepto legal contenido en el artículo 10.1, pues aunque no esté incluido en la relación que contienen las letras a) a i) del mismo, sí lo está en la previsión genérica que lo abre, previsión abierta a cualquier caso, como la pasarela Zubi Zuri, que pueda considerarse una creación artística original.”

Fundamenta la anterior conclusión en que:

“el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971, incluye en su artículo 2.1 las obras arquitectónicas entre las creaciones que son susceptibles de amparo por sus previsiones, pues señala que ‘los términos obras literarias y artísticas comprenden las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía’. Este convenio está ratificado por España por instrumento de 2 de julio de 1973, en consecuencia, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico como norma que hay que atender. En cuanto a la opinión de los tribunales, el fundamento jurídico quinto de la SAP de Barcelona (Sección 15) de 4 de mayo de 2004, resume el estado de la cuestión al indicar que la mayoría de la doctrina se ha inclinado por considerar incluido en el artículo 10.1 de la LPI la obra arquitectónica ya erigida, siempre que posea un grado de originalidad suficiente, que parece innegable en el caso de la pasarela Zubi Zuri, que se ha convertido en símbolo señero de la moderna villa de Bilbao.”

En definitiva, la doctrina científica, los convenios internacionales, las normas vigentes y la propia lógica del sistema de pro-

tección de la creación original señalan que una obra artística, sin perjuicio de los derechos del propietario (artículo 3.1 de la LPI), puede ser amparada por la Ley de propiedad intelectual, de manera que el presupuesto en el que descansa la argumentación del demandado, la supuesta falta de protección legal, carece de fundamento.

La falta de vulneración de los derechos morales del autor demandante

El juez afirma que:

“El Tribunal Supremo ha admitido la conexión entre daño moral y la inmisión en un derecho inmaterial de la persona (STS de 31 de octubre de 2002), que atendiendo a tal jurisprudencia podría ser también el de propiedad intelectual. El demandante ejercita una acción basada, precisamente, en su alegado derecho a la integridad de la obra que sostienen en el artículo 14.1 de la LPI, de manera que parece, a primera vista, que la pretensión del demandante se sostiene precisamente en una norma civil, no administrativa, cuyo conocimiento ha sido atribuido a los juzgados de lo mercantil en el artículo 86.ter.2.a) de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), tras su reforma por la Ley orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal (LORC), que además crea estos órganos especializados en el orden jurisdiccional civil.”

El carácter público de la obra como impeditivo de la competencia del juzgado de lo mercantil

Es innegable que el puente es una infraestructura pública al servicio de los ciudadanos, y no es posible sustraerse a tal consideración. El Zubi Zuri es un paso público, muy útil, que mejora las comunicaciones y ofrece un servicio a los ciudadanos, que de esa manera tienen un acceso más, incrementando la calidad de vida y las comunicaciones urbanas.

El juez afirma que:

“eso sea así no impide constatar que además, sea una obra arquitectónica singular. Está elegida precisamente por su carácter, por su diseño especial, y seguramente, por su belleza. Quien decidió que en Bilbao se ubicara esa obra conocía, perfectamente, los antecedentes y quería que en la villa hubiera una obra de Calatrava, igual que ha querido que nuestra localidad se convierta en referente internacional de las modernas tendencias arquitectónicas [...]. En este caso encontramos que una persona que se considera amparada por una norma legal ejercita una acción contra unos particulares y el ayuntamiento de Bilbao. Lo hace sustentando su pretensión en unos derechos que reconoce la Ley de propiedad intelectual, cuyo conocimiento corresponde, según el artículo 86.ter.2.a) de la LOPJ a los juzgados de lo mercantil. No hay razón, en consecuencia, para involucrar unas normas administrativas y urbanísticas que sólo ha traído a colación el demandado, pero que no sostienen la pretensión del actor. Por todo ello tampoco por este motivo hay razón para declinar la competencia de este juzgado.”

El planeamiento urbanístico que podría verse vulnerado

En la demanda se omite cualquier referencia a la normativa urbanística y el juez subraya que:

“lo que acontece en este caso es que el demandante no pretende ningún control urbanístico, ni de legalidad, ni de ejecución de las previsiones que cita el Ayuntamiento. Sostiene pura y simplemente su pretensión en una norma que establece el derecho moral a la integridad de la obra, contenida en el artículo 14 de la LPI. El demandante alega, con razón o sin ella es lo que es objeto del litigio, que el apartado 4 de dicho precepto le concede un derecho, el de ‘exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos

intereses o menoscabo a su reputación'. Eso es lo único que está en cuestión. Si prospera su pretensión pretende que se retire la pasarela y una indemnización. Subsidiariamente solicita que, si no es posible la retirada de la nueva pasarela, la indemnización sea superior. Ésos son los términos del debate y en aquéllos no hay en juego ninguna norma administrativa ni de planeamiento urbanístico."

El juez, por todo ello, dicta auto en el que desestima la cuestión de competencia por declinatoria y mantiene la competencia para conocer de la demanda.

Tribunal Supremo. No puede alegarse el carácter excusable del error padecido por la parte contraria cuando es fruto de la mala fe negocial de quien oculta conscientemente que el objeto del contrato es una edificación ilegal no legalizable

SUPUESTO DE HECHO

En 1995, la actora y el demandado celebraron un contrato de compraventa por el cual el segundo vendía a la primera una parcela rústica de ochocientos ochenta y seis metros cuadrados de superficie, en la que se encontraba ubicada una vivienda-chalet de cien metros cuadrados aproximadamente y un pozo para suministro de agua, por el precio total de nueve millones de pesetas. En la cláusula tercera del referido contrato se hacía constar que "el suministro eléctrico sería por cuenta de la parte compradora". De manera simultánea celebraron otro contrato de compraventa por el que la actora transmitía al demandado un trozo de tierra plantado de viña, por un precio de nueve millones de pesetas.

Con posterioridad a la celebración de dichos contratos, la actora, fue advertida por la Compañía Sevillana de Electricidad de la imposibilidad de obtener servicio de energía eléctrica para la vivienda adquirida y, elevada consulta al efecto al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, se certificó por su secretario con fecha 14 de noviembre de 1995 en el siguiente sentido:

1º) Que la finca vendida por el Sr. Emilio se encuentra clasificada como suelo no urbanizable, siendo la extensión mínima a efectos de edificación de diez mil metros cuadrados.

2º) Que la vivienda sita en la misma carece de licencia de obra y de primera ocupación, siendo objeto de expediente sancionador núm. 64/93, sin que la referida vivienda sea legalizable.

3º) Que, en relación con la posibilidad de otorgar permisos y licencias para la ejecución de obras y formalización de contratos de suministro de energía eléctrica, no procederían tales licencias por tratarse de dotación a una parcelación ilegal en suelo no urbanizable que vendría a consolidar un núcleo de población no autorizado ni previsto por el planeamiento.

Ejercida la acción declarativa de rescisión contractual de ambos contratos en primera instancia fue desestimada, en apelación estimada y, finalmente, se formuló un recurso de casación contra la sentencia estimatoria de la apelación dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz el 24 de noviembre de 1999, que declaró nulos ambos contratos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El primer motivo del recurso de casación se formula por considerar infringida la regla hermenéutica establecida en el apartado primero del artículo 3 del Código Civil, que se estima violada por inaplicación, en relación con el artículo 45, apartado primero, del Real decreto legislativo 1/1992, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana.

El Tribunal Supremo lo rechaza con los argumentos siguientes:

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita sobre daños morales la STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736); y sobre protección de obras arquitectónicas erigidas, la SAP de Barcelona de 4 de mayo de 2004 (JUR 2004/221419) y la SAP de Guadalajara de 13 de octubre de 2003 (AC 2004/369).

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 358/2000

RESOLUCIÓN: 133/2007

FECHA: 13 de febrero de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADOS: Empresa inmobiliaria

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 45 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992, Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio

DOCTRINA: No puede alegarse el carácter excusable del error padecido por la parte contraria cuando es fruto de la mala fe negocial de quien oculta conscientemente que el objeto del contrato es una edificación ilegal no legalizable, faltando además al cumplimiento de una exigencia legalmente impuesta, como era en el caso la de hacer partícipe al comprador de las circunstancias urbanísticas del terreno y vivienda adquiridos

"Ha quedado acreditado que el demandado, conocedor de la ilegalidad de la edificación levantada sobre el terreno vendido que él mismo calificó de vivienda-chalet al redactar el contrato, procedió a su venta sin advertencia alguna a la compradora, que, además, sin duda, confiaba en la condición del demandado de apoderado de una empresa inmobiliaria; por lo que, en primer lugar, la aplicación al caso del artículo citado con la facultad de 'rescisión' que establece para la parte compradora resulta clara en cuanto el empleo del adverbio 'expresamente' disipa cualquier duda sobre la posibilidad de una información llevada a cabo en forma tácita como sostiene el recurrente que ha de entenderse efectuada y, en segundo lugar, carece de sentido la apelación del demandado al hecho de que la aplicación de dicha norma 'daría lugar a una enorme inseguridad en el tráfico jurídico inmobiliario, no conformado mayoritariamente por personas doctas en derecho urbanístico ni familiarizadas con los términos que el legislador utiliza al crear las normas jurídicas que le son de aplicación', como afirma textualmente al desarrollar el motivo, pues tal condición sería predicable de la compradora pero no del vendedor como profesional que era en la intermediación inmobiliaria."

El segundo motivo denuncia la infracción por inaplicación de lo dispuesto en los artículos 1281 y 1282 del Código Civil.

El Tribunal Supremo lo rechaza por:

“la Audiencia no prescinde del elemento gramatical o literal en la interpretación de ambos contratos suscritos en fecha 15 de julio de 1995 (la compraventa celebrada entre don Emilio y doña Sonia, por un lado, y la celebrada entre doña Sonia y doña Lucía con don Emilio, por otro), sino que parte de la evidente conexión entre ambos para considerar que la ineficacia del primero ha de llevar consigo igualmente la del segundo, pues no se trata como sostiene la parte recurrente de dos contratos autónomos que merezcan una consideración aislada, sino que el segundo no se habría celebrado sin el primero. Así lo deduce acertadamente la Audiencia teniendo en cuenta el carácter coetáneo de ambos negocios motivado por la circunstancia de que doña Sonia carecía de metálico suficiente para abonar el precio del primero. En consecuencia se han aplicado correctamente por la Audiencia las normas de hermenéutica contractual tras la averiguación de la intención de los contratantes que, lógicamente, se desprende de los actos coetáneos de los mismos al celebrar simultáneamente ambos negocios que han de ser interpretados en su conjunto.”

El tercer motivo se formula como subsidiario del anterior y cita como infringidos, por una parte, los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, y por otra, los artículos 1300, 1303 y 1308, que se afirman violados por errónea aplicación.

La conexión entre ambos contratos de la misma fecha conlleva que medió error en el consentimiento prestado por las vendedoras en el segundo de los citados negocios, ya que, concebidos ambos bajo una misma intención negocial, es claro que el segundo no se habría celebrado sin el primero y, en consecuencia, tampoco habría tenido lugar si las vendedoras hubieran conocido las circunstancias de la primera transmisión y en particular la venta a la actora doña Sonia de una vivienda-chalet cuya construcción había sido declarada ilegal y que por tanto no podía contar con servicios tan elementales como el de suministro de energía eléctrica. Frente a ello, la parte recurrente alude al carácter inexcusable del error que se afirma sufrido al no haber sido adoptadas por la parte las mínimas medidas de información y precaución.

El Tribunal Supremo da respuesta al anterior argumento del siguiente modo:

“Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, al interpretar lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil sobre los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea inexcusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso. La sentencia de 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6900), con cita de las de 14 (RJ 1994, 1469) y 18 de febrero 1994 (RJ 1994, 1096), 6 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7912), 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7003) y 24 de enero de 2003 (RJ 2003, 1995), afirma que ‘para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento’. Pero se ha de tener en cuenta que la exigencia del carácter inexcusable del error, que efectivamente se ha padecido, es una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero en absoluto puede beneficiar a quien precisamente, como sucede en el caso, ha provocado conscientemente la equivocación de la otra parte al consignar como comprendida en el objeto de la venta una vivienda-chalet ocultando que se trataba de un construcción ilegal, no legalizable y que, en consecuencia, impedía su uso como tal al no poder contar con servicios elementales

para una adecuada habitabilidad. En suma no puede alegarse el carácter excusable del error padecido por la parte contraria cuando es fruto de la mala fe negocial de quien oculta conscientemente la inhabilidad del objeto del contrato faltando además al cumplimiento de una exigencia legalmente impuesta, como era en el caso la de hacer partícipe al comprador de las circunstancias urbanísticas del terreno y vivienda adquiridos según la exigencia del artículo 45 del Texto refundido de la Ley sobre régimen jurídico del suelo y ordenación urbana (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485). La sentencia de esta Sala de 4 de enero de 1982 (RJ 1982, 179) ya estableció en este sentido que para valorar la inexcusabilidad del error ‘habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1484, *in fine*, para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (artículo 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar’.”

Por ello, el Tribunal Supremo estima que el consentimiento prestado por las vendedoras (demandantes) en el segundo de los referidos contratos estaba viciado de error, lo que determinaba la anulabilidad del negocio celebrado y declara que no ha lugar al recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita y aplica en el mismo sentido, sobre el error como vicio del consentimiento la STS de 6 de noviembre de 1996 (RJ 1996/7912); la STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994/1096); la STS de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994/1469), y la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de septiembre de 2001 (JUR 2003/1995)

Tribunal Supremo. Las normas de naturaleza administrativa no son aptas para fundamentar válidamente un motivo de casación civil

SUPUESTO DE HECHO

La firma mercantil Industrias Especiales de Publicidad Exterior, SA interpuso una demanda contra la comunidad de propietarios en la que solicita que se le inste para que ponga de forma inmediata a disposición de la demandante la azotea del edificio propiedad de aquella comunidad, facilitándole el acceso para su explotación publicitaria en exclusiva, en cumplimiento del contrato vigente entre las partes. Asimismo, solicitó que se condenase a la demandada a abonar la suma de 43.367.348 pesetas, cuantía en que se cifraban los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual de ésta.

El juzgado de primera instancia dictó sentencia desestimando íntegramente ésta, absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos contra ella, y alzando las medidas cautelares acordadas. La demandante interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la de primer grado.

Contra la anterior sentencia se interpone un recurso de casación, que también es desestimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El único motivo de casación se fundamenta en la infracción, por aplicación indebida, del artículo 21 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, y la inaplicación de los artículos 36, 37.2 y 39.3 de la misma Ley.

La recurrente argumenta que la sentencia aplicó incorrectamente el artículo 21 de la señalada Ley de carreteras, al considerar erróneamente que los elementos publicitarios instalados sobre la azotea del edificio de la comunidad demandada, situada en las proximidades de la avenida de la Paz-M-30 de Madrid, incurrieran en la prohibición establecida en el indicado precepto, cuando debió haber aplicado el artículo 36 de la misma Ley de carreteras, por cuya virtud los tramos de carretera estatal que discurren por suelo urbano o estén incluidos en una red arterial se regirán por las disposiciones del capítulo en el que se inserta el último precepto citado. De acuerdo con esas normas, la parte que recurre en casación considera que en las travesías de carreteras estatales corresponde a los ayuntamientos el otorgamiento de toda clase de licencias y autorizaciones sobre los terrenos y edificaciones colindantes o situadas en las zonas de servidumbre y afección. Concluye la mercantil recurrente que, encontrándose el inmueble propiedad de la demandada en una travesía, y, siendo, en consecuencia, y conforme a lo dispuesto en los preceptos citados, competencia municipal el otorgamiento de las correspondientes licencias, el contrato de explotación publicitaria de la azotea del edificio tenía y tiene un objeto lícito y estaba dentro del comercio, habiendo obtenido las correspondientes autorizaciones de la Administración competente, y surtiendo, por ello, plenos efectos.

El Tribunal Supremo establece la defectuosa formulación del motivo de casación y afirma:

“La recurrente alega la infracción de cuatro preceptos de indiscutible carácter administrativo, sin lograr conectar la denuncia casacional con alguna infracción normativa de preceptos de naturaleza civil, en particular con el artículo 1271 del Código Civil, puesto en relación con el artículo 1261 del mismo cuerpo legal, cuya correcta o incorrecta aplicación por el Tribunal de instancia habría de integrar en rigor el objeto del recurso de casación, pues la cuestión jurídica controvertida radicaba, precisamente, en la licitud o ilicitud del objeto del contrato cuyo cumplimiento pretende la actora, aquí recurrente, *questio iuris* en la que incidía, ciertamente, de modo prejudicial la calificación jurídica de la vía en cuyas

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil.

Sección Primera. Jurisdicción civil. Recurso de casación

RESOLUCIÓN: 258/2007

FECHA: 7 de marzo de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADOS: Particulares

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil

DOCTRINA: Las normas de naturaleza administrativa no son aptas para fundamentar válidamente un motivo de casación civil. No corresponde en vía de recurso de casación decidir acerca de la corrección de la aplicación de los preceptos administrativos desvinculados de la interpretación y aplicación de las normas civiles que han servido para resolver la controversia

proximidades se halla el edificio de la demandada, a los efectos de determinar si estaba o no afectado por las prohibiciones impuestas por la Ley de carreteras de 29 de julio de 1988 [...] debe recordarse que esta Sala ha declarado con reiteración que no son aptas las normas de naturaleza administrativa para fundamentar válidamente un motivo de casación civil sentencias de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3987), que cita las de 29 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8265), 17 de julio y 31 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 7876), 6 de abril de 1992 (RJ 1992, 3034), 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3447), 3 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7445), 27 de enero (RJ 1996, 732) y 6 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1343), de 5 de enero de 2006 (RJ 2006, 131) y de 6 de octubre de 2006, entre muchas otras, del mismo modo que, por lo general, tampoco es invocable en esta jurisdicción la doctrina contenida en sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal para fundamentar un motivo de casación civil por supuesta vulneración de doctrina jurisprudencial sentencia de 5 de enero de 2006, como más reciente. La sentencia núm. 757/2003, de 15 de julio (RJ 2003, 5838), recuerda que no compete a esta Sala la aplicación en forma de motivo casacional de las normas administrativas, salvo con valor prejudicial. No le corresponde, pues, decidir acerca de la corrección de la aplicación de los preceptos administrativos desvinculados, como aparecen en el motivo del recurso, de la interpretación y aplicación de las normas civiles que han servido para resolver la controversia.

Para concluir afirma:

“en este caso, el organismo directivo del departamento ministerial correspondiente dirigió un explícito requerimiento a fin de que se procediese a retirar la instalación publicitaria de la azotea del edificio por encontrarse incurso en la prohibición impuesta por el artículo 21 de la Ley de carreteras de 29 de julio de 1988, que, por ende, motivó la apertura de un procedimiento sancionador en aplicación de la normativa contenida en dicha Ley, lo cual, con independencia del eventual conflicto competencial que pudiera haberse dado con motivo del concurrente ejercicio de las potestades municipales y las estatales, para cuya resolución es patente la incompetencia del orden jurisdiccional civil, es revelador del carácter ilícito del objeto del contrato que ha determinado el sentido de la respuesta judicial, que no se ve afectada, por tanto, por la denuncia de la infracción de las normas administrativas citadas en el motivo del recurso, cuya resolución, limitada a la corrección

jurídica de su interpretación y aplicación, excedería la esfera propia de la prejudicialidad no devolutiva, e incidiría en cuestiones tales como el carácter demanial o no y la titularidad de la vía en cuyas proximidades se ha instalado el anuncio publicitario, la revisión jurisdiccional del ejercicio de las potestades administrativas concurrentes y, en suma, el eventual conflicto entre administraciones, que, evidentemente, quedan extramuros de la jurisdicción civil, y sobre las que sería inimaginable la proyección del ejercicio de las funciones a que está ordenado el recurso de casación civil.”

F) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. El artículo 432 del CP utiliza la copulativa “y” para referirse a las circunstancias que han de ponderarse para evaluar si la malversación puede ser considerada de especial gravedad con relación. El Tribunal Supremo ha optado, con alguna matización, por la dicción literal, entendiendo que la especial gravedad ha de venir determinada por ambos factores: cantidad y daño o perjuicio al servicio público

SUPUESTO DE HECHO

En el año 1997 la acusada, D^a. Sandra, desempeñaba funciones como auxiliar administrativo en el pabellón municipal de deportes, dependiente directamente del Consejo Municipal de Deportes, organismo autónomo del Ayuntamiento de Ourense. La ocupación principal de D^a. Sandra era la atención al público en la ventanilla de las dependencias administrativas del pabellón, y dentro de la misma la tramitación de las altas y bajas de los socios de éste. Dentro de esa función percibía el precio de las altas, así como de los demás servicios que prestaba el Pabellón, y por medios diversos se apropió de las cantidades entregadas por los socios.

Los datos que quedaban reflejados en el disco duro del ordenador, acreditativos de las apropiaciones, no eran accesibles o detectables en una utilización normal del programa de gestión de abonados.

D^a. Sandra fue convocada a una reunión el 4 de octubre de 2002 en el despacho del interventor en la sede del Ayuntamiento, en la que le fue comunicada la existencia de irregularidades que se concretaban en falta de dinero de la recaudación del pabellón, y ésta, tras una primera negativa a reconocer esos hechos, admitió ser responsable de los mismos. A continuación, D^a. Sandra firmó voluntariamente un documento en el que renunciaba a su puesto de trabajo.

La Audiencia Provincial de Ourense condenó a D^a. Sandra como autora responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos y otro continuado de falsedad en documento mercantil, y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 14 de marzo de 2006, desestimó el recurso de apelación interpuesto.

Interpuesto un recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima parcialmente, reduce la pena de cuatro años a tres años y seis meses de prisión y de diez años a siete años de inhabilitación absoluta y se deja sin efecto la indemnización acordada en concepto de responsabilidad civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el segundo motivo de casación (por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, a que se refiere el artículo 24.1 y 2 de la CE, porque atendiendo a la prueba practicada, carece de toda base razonable la condena impuesta), el Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la prueba indiciaria:

“la prueba indiciaria es una prueba hábil para enervar el

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

El Tribunal Supremo ha declarado con reiteración que no son aptas las normas de naturaleza administrativa para fundamentar válidamente un motivo de casación civil en sentencias de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3987), que cita las de 29 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8265), 17 de julio y 31 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 7876), 6 de abril de 1992 (RJ 1992, 3034), 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3447), 3 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7445), 27 de enero (RJ 1996, 732) y 6 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1343), de 5 de enero de 2006 (RJ 2006, 131) y de 6 de octubre de 2006.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción Penal. Recurso de casación núm. 1076/2006

FECHA: 24 de abril de 2007

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 124, 26 y 432.2 del CP, y artículo 18 de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas

DOCTRINA: El artículo 432 del CP utiliza la copulativa “y” para referirse a las circunstancias que han de ponderarse para evaluar si la malversación puede ser considerada de especial gravedad con relación. El Tribunal Supremo ha optado, con alguna matización, por la dicción literal, entendiendo que la especial gravedad ha de venir determinada por ambos factores: cantidad y daño o perjuicio al servicio público.

Recoge la doctrina jurisprudencial sobre las condiciones específicas para que la prueba indiciaria pueda ser tenida como actividad probatoria.

Procede la imposición de las costas de la acusación particular al condenado, siempre que la correspondiente posición acusadora se haya desarrollado normalmente, pero no las de la acusación popular, salvo que el bien jurídico y los intereses protegidos sean difusos y no exista un directo ofendido por la infracción

derecho fundamental a la presunción de inocencia [...]. El empleo de la prueba indiciaria, precisamente por carecer de una disciplina de garantía que es exigible a la prueba directa, requiere unas condiciones específicas para que pueda ser tenida como actividad probatoria: a) El indicio debe estar acreditado por prueba directa, y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultante que aumentaría los riesgos en la valoración. b) Los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que debe afectar tanto al acreditamiento del indicio como a su capacidad deductiva. Con este requisito se pretende evitar tanto el azar como la posibilidad de la falsifica-

ción, y se materializa a través de la motivación en la que el aplicador debe plantearse la necesaria concordancia de deducciones, la independencia en la acreditación de indicios, la racionalidad de la deducción, etc. c) Los indicios deben ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único aunque acreditado por distintas fuentes. La exigencia de la pluralidad de indicios permite asegurar su fuerza suasoria, pues un único indicio, por fuerte que sea, no excluye la posibilidad del azar. d) Los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión. La divergencia de uno de ellos hace que la prueba indiciaria pierda eficacia y hará de aplicación el principio *in dubio pro reo*. e) La conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a través de varias deducciones o cadena de silogismos. f) La prueba indiciaria exige, como conclusión de la anterior, una motivación que explique racionalmente el proceso deductivo por el que de unos hechos, indicios, se deducen otros hechos, consecuencias. A través de esa motivación se cumplen las necesidades de control externo de la jurisdicción, mediante el régimen de recursos y el conocimiento por el ciudadano de la actuación de la función jurisdiccional, evitando la arbitrariedad. También el órgano jurisdiccional que aplica la prueba realiza una constante verificación de la prueba y de sus exigencias. Cuando motiva una resolución exterioriza una argumentación que debe ser lógica y racional, lo que permite su control, por un órgano jurisdiccional, por los ciudadanos y por el mismo aplicador, función de autocontrol, verificando los indicios que emplea, su posible falsedad, la exclusión del azar, la pluralidad de indicios y su convergencia y la inexistencia de indicios en contra.”

A partir de las anteriores consideraciones proyectadas sobre el caso concreto, concluye que la fundamentación de la sentencia recurrida es precisa y su argumentación lógica, y que a través de los indicios declarados probados la afirmación sobre la participación en los hechos de la recurrente es racional y lógica, por lo que el motivo se desestima.

El tercer motivo de casación se basa en la aplicación indebida del artículo 432.2 del CP e inaplicación del artículo 434 del CP, dada la no-aplicabilidad de la agravación de especial gravedad en el delito de malversación y el quinto por aplicación indebida del artículo 432.2 del CP, en relación con la determinación de la pena. Dada la íntima conexión de ambos motivos, el Tribunal Supremo los trata conjuntamente.

Debemos recordar que el artículo 432.2 del CP prevé la imposición de la pena agravada de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público.

El Tribunal Supremo afirma que:

“el artículo 432 utiliza la copulativa ‘y’ para referirse a las circunstancias que han de ponderarse para evaluar si la malversación puede ser considerada de especial gravedad. [...] la jurisprudencia al enfrentarse al problema exegético similar planteado con relación al delito de estafa (artículo 250.1.6) ha llegado a conclusión distinta, entendiendo que basta que concurra una de las circunstancias para que sea precedente la agravación (cfr. STS núm. 173/2000, de 12 de febrero; 103/2001, de 30 de enero; 2381/2001, de 14 de diciembre; 696/2002, de 17 de abril). Sin embargo, con relación al artículo 432.2 del CP, el Tribunal Supremo ha optado, con alguna matización, por la dicción literal, entendiendo que la especial gravedad ha de venir determinada por ambos factores: cantidad y daño o perjuicio al servicio público. La STS de 29 de julio de 1998, núm. 2/1998, proclamó que ‘entiende esta Sala que nos hallamos ante dos criterios que la Ley impone como únicos para valorar si hay o no esa

especial gravedad. Es decir, nos impide acudir a otros criterios diferentes limitando así el arbitrio del juzgador. Pero no podemos olvidar que la agravación es única: la especial gravedad’. Y ello nos obliga a distinguir tres supuestos diferentes: 1º. Caso de cantidad de menor importancia [...] 2º. Caso en que la suma sea importante de una manera especialmente cualificada [...] parece lógico pensar que una malversación con tan elevadas cifras siempre habría de ser valorada como de ‘especial gravedad’. 3º. Caso en que la suma malversada sea una cantidad importante pero no en esos extremos muy cualificados a que nos referimos en el caso anterior. [...] parece que en estos casos habrá que acudir al otro criterio especificado en la norma penal: combinando esta cuantía, que por sí sola ya tiene alguna relevancia, con el dato de si hubo o no daño o entorpecimiento público, se podría resolver la cuestión. Si a esta cantidad moderadamente importante se une un daño o entorpecimiento acreditado, habría de aplicarse la cualificación del delito por su ‘especial gravedad’, y no cuando este último elemento falta.”

Cita otras sentencias que establecen criterios similares: las STS de 17 de diciembre de 1998, de 3 de enero de 2001, de 17 de diciembre de 2003, de 1 de diciembre de 1997, de 22 de mayo de 1997, de 13 de abril de 2002, y de 10 de mayo de 1999. Cita también la STS de 3 de abril de 1996, que consideró que el entorpecimiento ha de probarse con independencia de la malversación misma.

En el supuesto concreto concluye que:

“La cantidad, aun alta, no cabe duda de que puede encuadrarse en el grupo 3 a que se refería la STS 2/1998, de 29 de julio, que requería de conjugación con elementos a que nos referimos un daño o perjuicio de cierta significación para la prestación del servicio público. Sin embargo, la sentencia no proporciona ningún dato que lo indique ni que permita presumirlo. Es más, el hecho de que se trata de una malversación continuada, desplegada a lo largo de varios años, de varios ejercicios económicos, autoriza a entender que el perjuicio para el desempeño del servicio no pasó de leve o moderado, sin incidencias mayores. No se darían, por tanto, los elementos fácticos necesarios para sustentar el subtipo agravado, de modo que resultaría irrelevante a efectos estrictamente penales la diferencia entre las cifras manejadas por el Tribunal del Jurado y por el Tribunal de Cuentas. Tanto si se acogiera una cifra como la otra la subsunción habría de efectuarse en el artículo 432.1 del CP.”

La consecuencia es la estimación parcial del motivo.

El sexto motivo de casación se fundamenta en la aplicación indebida de los artículos 109 y 110 del CP, en cuanto a la responsabilidad civil. El Tribunal Supremo recuerda la diferencia entre la jurisdicción penal y la jurisdicción contable. Al principio general de preferencia de la jurisdicción penal (artículo 10 de la LOPJ), se une compatibilidad del ejercicio de ambas jurisdicciones (el artículo 18 de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas establece que la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal).

El Tribunal Supremo analiza esta compatibilidad al hilo de distintas sentencias, para concluir que:

“se reconoce la prevalencia del orden penal sobre el contable en la fijación de los hechos y la autoría de los mismos. Pero, fijados los hechos y su autoría, la jurisdicción penal y la contable tienen su propio y diferenciado campo de actuación.”

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión del siguiente modo:

“La STS de 19 de noviembre de 1994 establece que ‘[...] La potestad de enjuiciamiento contable, que el artículo 15.1 de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas señala como jurisdicción propia del mismo, no tiene una finalidad sancionadora o punitiva, sino que, recayendo sobre la responsabilidad contable de

quien, por acción u omisión contraria a la Ley, origina menoscabo de caudales o efectos públicos, le somete a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados'. Por tanto, no existe identidad de acción ni, en consecuencia, cosa juzgada. [...] Hay, por consiguiente, una perfecta compatibilidad entre las decisiones que toma en el ejercicio de su actividad el Tribunal de Cuentas y lo actuado por la jurisdicción penal, de acuerdo con el artículo 18.1 de la Ley orgánica 2/1982. Únicamente se encomienda al Tribunal de Cuentas la determinación de la responsabilidad civil, lo que, si es discutible desde el campo doctrinal, no cabe duda que es una norma de obligado cumplimiento que en nada afecta al problema que ahora se enjuicia. Ni las decisiones del Tribunal de Cuentas, ni las de cualquier otro órgano no jurisdiccional penal, puede vincular a la jurisdicción penal; por lo que la sentencia de aquel no produce cosa juzgada."

Por todo ello, el Tribunal Supremo establece que debe eliminarse del fallo de la sentencia el pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, reservándolo al Tribunal de Cuentas.

Así, el motivo es parcialmente estimado.

El motivo octavo aduce la aplicación indebida del artículo 123, incompatible con los artículos 241.1 y 394.4 de la LECiv y 124 del CP, en cuanto a las costas de las acusaciones personadas.

El Tribunal Supremo afirma que:

"En efecto, la única entidad legitimada, para personarse en el proceso penal que examinamos, como acusadora particular es el Ayuntamiento de Ourense, en cuanto perjudicado directamente en sus intereses, conforme a las previsiones del artículo 110 de la LECrim. Las demás entidades, Partido Socialista Obrero Español y Bloque Nacionalista Galego, careciendo de la condición de perjudicados, podrían haber comparecido en el procedimiento en calidad de acusadores populares, conforme autorizan los artículos 101 y 270 de la LECrim. Por tanto, con independencia de que formalmente hayan sido tenidos como partes en el primer concepto, a los efectos de las costas no pueden ser tenidos en otra consideración que aquella que real y materialmente les corresponde. Y así, las costas de la acusación popular, según una jurisprudencia reiterada no se incluyen en la condena en costas a satisfacer por el condenado. Como dicen las STS de 28 de abril de 2001, núm. 703/2001, y, de 29 de marzo de 1999, núm. 515/1999, la jurisprudencia de esta Sala, ha distinguido claramente las costas correspondientes a la acusación particular y las de la acusación popular, en el sentido de que procede la imposición de las primeras al condenado, siempre que la correspondiente posición acusadora se halla desarrollado normalmente, sin que sus tesis e intervenciones en el proceso puedan tildarse de absolutamente irrelevantes, escandalosamente dispares con las mantenidas por la acusación pública, superfluas o incluso perturbadoras del normal desenvolvimiento del procedimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero y 3 de abril de 1995 [RJ 1995, 2806], de 2 de febrero 1996, entre otras); en tanto que respecto de las segundas mantiene un criterio contrario, al no concurrir en la acusación popular las características propias de la acusación particular, en la que existe un directo ofendido por la infracción que además suele intervenir en el proceso como actor civil en su condición de perjudicado por la infracción penal."

El Tribunal Supremo concluye:

"Se trata de un criterio jurisprudencial consolidado, dotado de razonable fundamento, y cuya vigencia con carácter general no parece que pueda cuestionarse. Halla sustento en el dato de que, en la generalidad de los delitos, hay siempre alguien concernido en primera persona por las consecuencias lesivas que de ellos se derivan normalmente. Pero esto es algo que puede no darse en tales términos, solamente cuando se trata de delitos, que como indica la STS de 17 de noviembre de 2005, núm. 1318/2005, afectan negativamente a los que se conocen como

'intereses difusos'. El daño que los mismos producen incide sobre bienes colectivos, que son el contenido de los derechos llamados 'de tercera generación', categoría de derechos que vive en una dimensión siempre transpersonal, ya que interesan directamente a sujetos colectivos, a la ciudadanía en general e incluso a las generaciones futuras, como ocurre con los que inciden sobre el medio ambiente. Por tanto, y en general, puede muy bien afirmarse que el cauce de la acción popular es el más natural para dar curso a actuaciones de los legítimamente interesados en la persecución de delitos contra los aludidos bienes colectivos, que actúen en la calidad de genéricos perjudicados. Y siendo así, como sigue diciendo la misma sentencia, en presencia de determinadas condiciones, el mismo criterio de la afectación y el interés, interpretado a tenor de la naturaleza de los bienes y derechos de que se trata, deberá servir para fundar eventuales condenas al pago de las costas de la acusación popular, con perfecto encaje en la previsión del artículo 124 del CP."

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación y reduce la pena de cuatro años a tres años y seis meses de prisión y de diez años a siete años de inhabilitación absoluta; se deja sin efecto la indemnización acordada en concepto de responsabilidad civil, debiendo estarse a la señalada, en uso de sus competencias por el Tribunal de Cuentas y se deja sin efecto la imposición de las costas correspondientes a los personados en concepto de acusaciones particulares, Partido Socialista Obrero Español y Bloque Nacionalista Galego.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita y aplica, en el mismo sentido, sobre aplicación de especial gravedad de la malversación de caudales públicos la STS de 29 de julio de 1998.

5	PRESENTACIÓN
7	ESTUDIOS
7	Prestaciones patrimoniales públicas y tarifas privadas en la prestación de servicios públicos locales <i>Joaquín Tornos Mas</i>
21	El conflicto en defensa de la autonomía local <i>Enric Fossas</i>
30	Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal <i>Juli Ponco Soló</i>
40	Responsabilidad patrimonial II <i>Eduard Paricio Rallo</i>
52	Acceso, promoción y movilidad en la función pública local <i>Francisco José Sospedra Navas</i>
63	El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local <i>Francisco José Sospedra Navas</i>
77	El Estatuto básico del empleado público y las entidades locales: valoración crítica <i>Antonio Serrano Pascual</i>
104	Nuevo sistema de atribución y defensa competencial de las entidades locales <i>Casimiro López García</i>
130	Los derechos fundamentales en el ámbito local <i>José Manuel Banderés Sánchez-Cruzat</i>
140	CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
141	A) Jurisdicción constitucional
149	B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
150	C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
153	D) Jurisdicción contencioso-administrativa
176	E) Jurisdicción civil
181	F) Jurisdicción penal <i>Domènec Sibina Tomás</i> <i>Eva Arnal Arasa</i>