

Cuadernos de Derecho Local

número

19

Febrero de 2009



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

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

SECRETARIO DE REDACCIÓN

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



Joan Mauri Majós

Profesor de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

Francisco Sospedra Navas

Magistrado del Tribunal Superior
de Justicia de Cataluña

Miguel Sánchez Morón

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá

Felipe Fresneda Plaza

Magistrado especialista de lo contencioso-
administrativo de la Sala de lo Contencioso-
Administrativo del Tribunal Superior
de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid

Miguel-Ángel Luelmo Millán

Magistrado presidente de la Sección Cuarta
de la Sala de lo Social del Tribunal Superior
de Justicia de Madrid.
Profesor asociado de la UNED

Antonio Serrano Pascual

Secretario general de la Diputación
Provincial de Huesca

Manuel Táboas Bentanachs

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

José Luis Requero Ibáñez

Magistrado de la Audiencia Nacional

Ricardo Alonso García

Catedrático de Derecho Administrativo
y Comunitario de la Universidad Complutense

Domènec Sibina Tomàs

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

**Análisis general del Estatuto básico del empleado público:
problemas, soluciones y huidas** 7

Tipos de empleados públicos 24

Los directivos públicos. Análisis comparado 42

**Provisión de puestos de trabajo y movilidad funcional
en el nuevo Estatuto básico** 48

**El Estatuto básico del empleado público: régimen del
personal laboral al servicio de las administraciones públicas
con especial incidencia en las administraciones locales** 79

**El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación
de carácter estatal** 98

**Disciplina urbanística. Una visión desde el Derecho
Urbanístico Sancionador de Cataluña.** 126

**Notas sobre el régimen sancionador y la función pública
local en el Estatuto básico del empleado público** 166

**La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial
en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito
del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008
y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)** 175

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 189

A) Jurisdicción constitucional 190

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 198

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 202

D) Jurisdicción contencioso-administrativa 206

E) Jurisdicción civil 234

F) Jurisdicción penal 242

Los trabajos de función pública, que casi monopolizan este QDL, son el resultado de la publicación de las ponencias del Curso sobre el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y el Cabildo de Tenerife, los días 12, 13 y 14 de noviembre de 2008.

Joan Mauri Majós, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, publica el trabajo “Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas”, en el que el autor selecciona los principales problemas planteados en el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (ICEBEP), los contrasta con las soluciones dadas por el legislador y analiza si estas proposiciones legislativas constituyen oportunidades reales de mejora a la situación delimitada por el análisis de la comisión. Todo ello constituye un magnífico trabajo que enmarca y explica la arquitectura estructural del EBEP. Así, examina que se trata de un estatuto para todos los empleados públicos, para todas las administraciones públicas y de mínimos. Analiza críticamente cómo se resuelven las peculiaridades de la Administración local y la difícil construcción de una clase directiva profesional. Explica la propuesta legislativa de la reducción del empleo temporal en la Administración pública, la composición de los órganos de selección y la carrera administrativa. Desarrolla la posición del sindicato en el sector público y la codificación de la ética del empleado público. Y finaliza con los problemas que no se han querido o podido resolver: a) la necesidad objetiva de un sistema de instituciones para la política de recursos humanos en el sector público, y b) la paradójica situación de un nuevo régimen jurídico del empleo público que aparece huérfano de referencia al sistema de tutela jurisdiccional vigente y anuncia por ello mismo la futura querrela jurisdiccional.

Francisco Sospedra Navas, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, es autor de “Tipos de empleados públicos”. En este estudio analiza las clases de empleados públicos desde un doble punto de vista, en primer lugar mediante la distinción entre empleados fijos y temporales, y seguidamente en función de la naturaleza del vínculo –los empleados públicos estatutarios y laborales y el personal eventual–. El recorrido realizado le permite constatar que la pretensión de reconducir el empleo público a la división de puestos de trabajo entre funcionarios y laboral, o el de limitar las tasas de temporalidad a términos razonables, dependerá en gran medida del desarrollo del EBEP y de la aplicación de esas normas de desarrollo. Es en este punto de la aplicación de las normas, destaca el autor, en el que se producen la mayor parte de las patologías derivadas del incumplimiento de la normativa sobre empleo público.

Miguel Sánchez Morón, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá, publica el estudio sobre “Los directivos públicos. Análisis comparado”. El autor sintetiza la situación española, en la que existe una muy arraigada cultura de la “confianza política” como criterio de provisión de los puestos directivos, que tiene un peso enorme y que es muy difícil de cambiar. Sin embargo, esa situación, afirma, habrá de cambiar algún día ya que no puede dejar de destacarse que la Administración española, la de la octava potencia económica como suele enfatizarse, es la única entre los grandes países de Occidente que carece de un estatuto específico del directivo público profesional. Desde esta perspectiva, hace un breve repaso de los modelos de función pública directiva adoptados por otros grandes países de nuestro entorno. Lo inicia con el modelo más antiguo, que es el de Francia, sigue con los modelos anglosajones y el sistema norteamericano de directivos públicos profesionales, se detiene en el caso italiano, el modelo más próximo a nosotros, y finaliza con un vistazo, dice, a la función directiva en la Administración propia de la Unión Europea.

Felipe Fresneda Plaza, magistrado especialista de lo contencioso-administrativo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, publica “Provisión de puestos de trabajo y movilidad funcional en el nuevo Estatuto básico”. En el estudio desarrolla el contenido del EBEP en esta materia, constituido por preceptos que se apartan del concepto tradicional de legislación básica del Estado, pasando a

ser una regulación que establece unas bases mínimas, unos principios comunes, a todas las administraciones públicas. Una vez analizada detenidamente la regulación legal concluye con una serie de consideraciones sobre el carácter de mínimos de las previsiones del texto; que el derecho al cargo se encuentra desvinculado del desempeño de un concreto puesto, el carácter residual de los sistemas de provisión típicos de trabajo y sobre aspectos complementarios de la regulación, con incidencia en la provisión de puestos.

Miguel-Ángel Luelmo Millán, magistrado presidente de la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y profesor asociado de la UNED, publica “El Estatuto básico del empleado público: régimen del personal laboral al servicio de las administraciones públicas con especial incidencia en las administraciones locales”. En el trabajo se analizan y exponen los aspectos más relevantes de todo cuanto se refiere a los empleados públicos de relación laboral, sea o no común a los funcionarios públicos y siguiendo el mismo orden normativo del EBEP.

Antonio Serrano Pascual, secretario general de la Diputación Provincial de Huesca, es el autor de “El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal”. En el trabajo explica los antecedentes históricos hasta la creación de los cuerpos nacionales de Administración local, su régimen jurídico en el Estatuto municipal de Calvo Sotelo, en el régimen franquista y en la transición hacia la democracia. Después de analizar la legislación postconstitucional de régimen local, el *Libro blanco para la reforma del gobierno local* y el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, afronta el análisis de la regulación contenida en la disposición adicional segunda del EBEP. Entre las diversas conclusiones que formula queremos destacar su afirmación que el EBEP apuesta claramente por la interiorización autonómica de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, dibujando un camino complejo que quizás acabe desembocando en otro modelo diferente al actual.

José Luis Requero Ibáñez, magistrado de la Audiencia Nacional, publica “Notas sobre el régimen sancionador y la función pública local en el Estatuto básico del empleado público”. El régimen disciplinario es el objeto de su trabajo, y queremos destacar su afirmación de que el EBEP parte de que lo disciplinario es una materia típicamente básica (STC 99/1987), y aunque se deja a la ley estatal y a las autonómicas la regulación de las infracciones graves y leves, en su conjunto lo disciplinario como norma básica se amplía frente a la Ley 30/1984, pues se añade todo lo referente a los principios, criterios de tipificación, procedimiento, prescripción de infracciones y sanciones, así como el llamado Código de conducta del empleado público.

Manuel Táboas Bentanachs, magistrado de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, publica “Disciplina urbanística. Una visión desde el Derecho Urbanístico Sancionador de Cataluña”. En este trabajo realiza un estudio sistemático y completo del régimen jurídico de la disciplina urbanística en el que añade, al planteamiento general desde el Derecho Sancionador y Urbanístico, un análisis concreto de la legislación catalana.

El QDL cierra su sección de estudios con el trabajo de Ricardo Alonso García, catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario de la Universidad Complutense, sobre “La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)”. El trabajo constituye la ponencia que desarrolló en la séptima sesión del Seminario Permanente de Derecho Local que organiza la Fundación Democracia y Gobierno Local.

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

Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas

Joan Mauri Majós
*Profesor de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. Introducción.
 2. Un estatuto para todos los empleados públicos.
 3. Un estatuto para todas las administraciones públicas.
 4. Un estatuto de mínimos.
 5. Las peculiaridades de la Administración local.
 6. La difícil construcción de una clase directiva profesional.
 7. La reducción del empleo temporal en la Administración pública.
 8. La composición de los órganos de selección.
 9. La carrera administrativa: competencia y desempeño profesional.
 10. La afirmación de la posición del sindicato en el sector público.
 11. La codificación de la ética del empleado público.
 12. Las huidas.
- Bibliografía.

1. Introducción

A menudo las decisiones públicas se producen de una manera intuitiva, sin proceder a un análisis objetivo de los problemas, sencillamente porque se prima un programa de gobierno o la necesidad de intervención en un área pública de actuación, en otras situaciones se dispone de un buen diagnóstico y de una detallada hoja de ruta para la articulación de una verdadera política activa que aporte un cambio sustantivo sobre la anterior situación, pero se acaba ignorando las soluciones propuestas porque los diferentes actores institucionales están sujetos a una serie de limitaciones políticas o económicas que hacen muy difícil la puesta en práctica de la reforma necesaria que todos consideran necesaria y dotada de una rigurosa lógica de sustentación.

Los problemas en todo caso son siempre más de uno y con frecuencia existen distintas vías para mejorar la situación. De ellas seleccionamos algunas y olvidamos otras, son los callejones del laberinto, las posibles vías de salida que dejamos atrás en el proceso de selección de los problemas y soluciones que la búsqueda, la creación y la articulación de ideas necesita.

Mi ponencia pretende ser una aproximación al proceso de definición de problemas y soluciones que la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público (EBEP) ha intentado proyectar sobre el empleo público. En la medida en que el EBEP toma como referencia analítica el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (ICEBEP), nuestra intención es seleccionar los principales problemas planteados por la Comisión y contrastarlos con las soluciones dadas por el legislador para analizar si estas proposiciones legislativas constituyen oportunidades reales de mejora a la situación determinada objetivamente por el análisis de la Comisión, sin perjuicio de apuntar lo que a mi criterio constituyen algunos de los principales problemas –huidas– que no han acabado haciéndose un hueco en la agenda de actuación legislativa por no haberse constituido como “problemas públicos” necesitados de solución.

En todo caso, antes de profundizar en nuestro análisis, debemos apuntar que el EBEP es fruto de un determinado contexto institucional. El EBEP se produce en un momento de máxima confrontación entre las dos grandes fuerzas políticas estatales –es el primer proyecto de ley que viene al Congreso de los Diputados después de la aprobación del Estatuto de autonomía de Cataluña– y supera su proceso de elaboración sobre la base de un acuerdo del Gobierno del Estado con las principales fuerzas nacionalistas con presencia en nuestras comunidades autónomas

–PNV, CiU y ERC– formulado como declaración conjunta sobre el EBEP que incorpora un pacto para la no-presentación de enmiendas a la totalidad. Además, el proyecto de Estatuto es objeto de una intensa concertación con las comunidades autónomas, con la Federación Española de Municipios y Provincias y con las tres grandes organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública del Estado –CCOO, CSIF y UGT–, que presentaron una plataforma común ante el proceso de negociación del EBEP con el MAP. Por lo tanto, el EBEP es fruto de una serie cruzada de aportaciones, a veces de signo contrario, que explica la extraña arquitectura de relaciones normativas con la que se dibuja, la peculiar forma de disposición de sus preceptos básicos –a veces detallados y concretos, otras veces mínimos o dispositivos– y la complejidad de su Derecho transitorio.

2. Un estatuto para todos los empleados públicos

El ICEBEP parte de una premisa sustancial que condiciona todo su análisis: la consolidación de un modelo dual de empleo público; admitida, pues, esta hipótesis de trabajo se reconoce que la coexistencia de dos regímenes jurídicos para el empleo de las administraciones públicas plantea un problema de gestión de personal que ha de resolverse aproximando el contenido de la relación jurídica de los empleados públicos con contrato laboral a los funcionarios. Este proceso corre parejo de otro que se enuncia con menos claridad: la relativización de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la preferencia constitucional sobre el régimen estatutario, que en el momento actual se quiere limitada a reservar al personal funcionario los puestos de trabajo que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y demás entidades públicas.

Por tanto, el análisis de los problemas del empleo público tiene una serie de condicionantes previos:

- a) El carácter estructural de la articulación dual de nuestro empleo público que se considera disfuncional.
- b) La aproximación de regímenes jurídicos como solución en base a la extensión de las reglas públicas del EBEP a la relación jurídica de los empleados con contrato laboral.
- c) La “normalidad” del contrato de trabajo como relación de empleo público, y la previsible reducción del ámbito de los puestos de trabajo que han de ser cubiertos con personal funcionario.

La elección del EBEP es tajante y a mi modesto parecer opinable. En parte, porque se fundamenta en

datos que parecen no demostrarse del todo ciertos, y en parte, también, porque se fundamenta en la interpretación de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que permite una pluralidad de lecturas. Vayamos por partes.

La tendencia a la laboralización de las relaciones de empleo público ni está tan extendida, ni parece tan consolidada. Aunque las cifras tratadas por el Consejo Económico y Social y las estadísticas del MAP parecen situar el índice de laboralidad de las entidades locales españolas en cerca de un 80%, cuando se acude a trabajos empíricos de encuesta en las entidades locales de un territorio determinado –ayuntamientos de más de 10.000 habitantes y capitales de comarca– como ha hecho el Informe del Observatorio de Gobierno Local de la Fundación Pi i Sunyer para Cataluña, las cifras bajan de una manera considerable: 58,47% de empleados funcionarios frente a un 41,53% de empleados laborales para el año 2006. La razón es sencilla: los datos agregados tratados por la estadística oficial parecen incluir al personal laboral incorporado a través de los planes de empleo, contratos de inserción y otro tipo de empleados (escuelas taller, casas de oficio) que propiamente no pueden considerarse personal laboral. Lógicamente, la presencia del personal laboral es más destacada en los pequeños y medianos municipios que quedan fuera de la encuesta del Observatorio, pero en la estimación que el mismo Observatorio realiza el porcentaje real de la laboralización para el conjunto de los entes locales de Cataluña se estima en el 49,37%, cifra destacable si la comparamos con el 8,7% de personal laboral que para los departamentos de mi comunidad autónoma calcula el *Libro blanco de la función pública catalana*, pero lejana de la ola abrumadora de laboralización universal de la función pública que se ha querido presentar desde alguna doctrina procedente del Derecho del Trabajo. Pero no se trata sólo de eso, los datos obtenidos por la encuesta mencionada subrayan que uno de cada cuatro de los municipios encuestados ha realizado un proceso de funcionarización y que está previsto realizarlo en el 30% de los municipios restantes, con lo que parece que el 50% de los municipios encuestados han materializado o tienen previsto efectuar un proceso de adaptación de los contratados laborales al régimen de función pública.

Si acudimos ahora a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hemos de reparar en la STC 37/2002, que analiza la posible inconstitucionalidad del artículo 92.2 de la LRRL, en el señalamiento que hace de las funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios en base a “la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en

el ejercicio de la función”, al faltarle el contenido suficiente para permitir una adecuada determinación de los ámbitos de prestación de servicios incluidos en los puestos de trabajo que hayan de ser cubiertos por personal laboral. Dicha sentencia admitió la constitucionalidad del precepto mencionado en base a un pronunciamiento interpretativo que, en línea con los argumentos aportados por el Abogado del Estado, permitía entender que el personal laboral sólo podía desempeñar dentro de la Administración local funciones no decisorias o que no impliquen una especial responsabilidad, es decir, instrumentales; planteamiento que sin duda resultaba coherente con la opción preferencial en favor del personal estatutario mantenida por la STC 99/1987 sobre el artículo 15.1 del primer redactado de la LMRFP. Ciertamente, puede alegarse la existencia de una cierta flexibilización de la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional sobre la materia si por flexibilización entendemos la posibilidad de determinar las funciones reservadas a funcionarios a través de cláusulas genéricas alejadas del régimen de lista o la opción por una delimitación de mínimos de naturaleza básica que sea completada por el legislador autonómico, pero, en mi opinión, no cabe duda que la STC 37/2002 deja intocada la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la preferencia estatutaria en la prestación de servicios a nuestras administraciones públicas.

Así parecen haberlo entendido las primeras leyes de función pública de las comunidades autónomas que han desarrollado el EBEP. El artículo 14 de la Ley de función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares señala que con carácter general los puestos de trabajo de la Administración autonómica están reservados a personal funcionario de carrera, concretando esta reserva en “los puestos de trabajo y las funciones cuyo cumplimiento implica ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, los de contabilidad y tesorería, los de carácter técnico y administrativo, los que comportan jefatura orgánica y, en general, los que se reservan a este personal para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública y en la salvaguarda de los intereses generales de la comunidad autónoma”. En la misma dirección, pero incorporando el sistema de lista heredado del antiguo artículo 15.1 de la LMRFP, el artículo 27.2 del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de función pública de Galicia, determinará que los puestos de trabajo de la Administración de la comunidad autónoma y de sus organismos autónomos de carácter administrativo serán desempeñados

por personal funcionario, exceptuándose de la regla anterior los puestos de naturaleza no permanente y de carácter periódico o discontinuo, los puestos de oficios, los puestos que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios, los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, así como los puestos de las áreas de expresión artística, los puestos de trabajo de organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, excepto los que impliquen ejercicio de la autoridad, inspección o control, los de prestación directa de servicios sociales y protección a la infancia.

A la vista de lo expuesto quizás podría haberse pensado en otra alternativa distinta a la plasmada en el EBEP. Quizás podría haberse optado por la extensión del régimen jurídico de los funcionarios públicos y por una mayor flexibilización de la relación de Derecho público en base a principios jurídicos e institutos jurídicos traídos del campo del Derecho del trabajo. Pero admito que la crítica de lo actuado es siempre fácil a toro pasado.

En todo caso, lo cierto es que el proceso de convergencia entre el régimen jurídico de los funcionarios y el del personal laboral al servicio del sector público tampoco está resultando sencillo. La idea de que el Estatuto de los funcionarios públicos pasara a ser un estatuto unificador de las peculiaridades del empleo público se ha desarrollado por un legislador que no ha conseguido una norma acabada y integrada capaz de articular las normas de Derecho propio público propias del estatuto del empleo en el sector público con las normas de derecho laboral propias del estatuto del empleo en la empresa privada. El EBEP es un estatuto de principios y normas de Derecho público directamente proyectadas sobre la legislación laboral. Se podrá argüir, como se hace en la disposición final primera sobre habilitación competencial, que las disposiciones del EBEP se dictan al amparo del artículo 149.1.7 de la CE, en función de la competencia exclusiva del Estado sobre legislación laboral, pero las matizaciones, excepciones o modulaciones del régimen jurídico del personal laboral de las administraciones públicas inducidas por el EBEP sobre algunas instituciones laborales provoca un distanciamiento del Derecho del trabajo, y una primacía del derecho de la Administración pública que aparece dotada de un determinado estatuto constitucional capaz de publicar los tipos convencionales de Derecho privado y desequilibrar el sistema de fuentes que caracteriza la regulación del contrato de trabajo.

A partir de aquí el problema reside en el sistema de relaciones que mantenga la norma que regula el estatuto del trabajo público con la norma que regula el estatuto del trabajo privado. Entre los primeros comentaristas del EBEP se advierten importantes problemas para concretar la determinación de las normas vigentes aplicables a los contratados laborales de las administraciones públicas. El contenido del artículo 7 del EBEP es suficientemente explicativo. A su tenor, el personal laboral al servicio de las administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del Estatuto básico del empleo público que así lo dispongan. A simple vista parece, pues, que la relación entre los preceptos del ET y del EBEP es de pura concurrencia, concurrencia en la que no se contempla el surgimiento de posibles antinomias. Si profundizamos un poco más en los preceptos del EBEP, las relaciones entre los cuerpos jurídicos del trabajo público y del trabajo privado se vuelven más complejas. Así encontramos relaciones de remisión, complementariedad, supletoriedad directa y inversa, suplementariedad, reenvío condicionado o incorporación tácita, sin que haya un criterio sobre el alcance de los conceptos o de las consecuencias de una determinada remisión o de una concreta relación de supletoriedad, con lo que las posibilidades de colisión normativa o de pura interpretación sobre la base del espiguelo de preceptos es importante y no han dejado de producir alguna que otra alarma significativa que ha intentado solventarse, como ha ocurrido con el sistema de permisos y licencias, a través de la dudosa técnica de las circulares interpretativas. Con todo, la falta de criterios legales para solventar los problemas de concurrencia normativa está aún por enseñarnos el peor de sus efectos en forma de incremento de la actividad jurisdiccional y obertura de la pertinente discusión sobre competencias. Volveremos sobre ello al final de mi intervención.

3. Un estatuto para todas las administraciones públicas

La opción por la “normalización” del contrato de trabajo como forma de prestación de servicios a las administraciones públicas corre pareja de la extensión del EBEP a todas las administraciones públicas y a todos los organismos y entes que componen el sector público. En el planteamiento del ICEBEP, en la medida en que el conjunto de principios, derechos y obligaciones que han de conformar el estatuto básico del empleado público es aplicable al personal laboral, el EBEP se ha de aplicar al conjunto de administraciones, organismos y entidades públicas dependientes de una administración o ente público

o creadas por ellos para satisfacer necesidades de interés general, así como a entidades u organismos públicos dotados de autonomía o independencia funcional.

Lo cierto es que dicho planteamiento parece ser recogido por el legislador si atendemos exclusivamente al artículo 2.1 del EBEP, que al determinar el ámbito de aplicación del Estatuto lo refiere a las administraciones públicas y a los organismos públicos, agencias y demás entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas.

Pero esta primera impresión ha de ser rápidamente corregida. La disposición adicional quinta establece que el EBEP se aplicará a los organismos reguladores de la disposición adicional décima, 1, de la LOFAGE (es decir, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al Consejo de Seguridad Nuclear, al ente público RTVE, a las universidades no transferidas, a la Agencia de Protección de Datos, al Consorcio de la Zona Especial Canaria, a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), en la forma prevista en sus leyes de creación.

Igualmente, la disposición adicional primera prevé una aplicación limitada del EBEP al conjunto de entidades instrumentales propias de la acción pública que adopten forma societaria mercantil o fundacional y que se financien mayoritariamente con cargo a los presupuestos públicos. A ese segmento del sector público le son aplicables los principios a los que los empleados públicos deben ajustar su actuación (artículo 52), los principios éticos (artículo 53), los principios de conducta (artículo 54), los principios rectores del acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios (artículo 55) y los relativos a las personas con discapacidad (artículo 59).

Con ello se hace patente que el reconocimiento y la integración de la contratación laboral en el empleo público no evita la huida del régimen jurídico del empleo público aunque se consigue la aplicación de algunos principios y reglas de naturaleza pública a su personal, lo que a mi parecer no es poco.

Lo cierto es que es mucho. Hasta el momento el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las entidades públicas que adoptan formas empresariales o fundacionales no ha sido ni el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las administraciones públicas, ni el régimen jurídico del personal laboral al servicio de un empresario privado, presentándose como un régimen jurídico peculiar de tercer tipo que deberá acercarse ahora al primero de los modos previstos. Piénsese sólo en el artículo 55 del EBEP, en el que se incluye la aplicación de los princi-

pios de igualdad, mérito y capacidad a la contratación del personal laboral para el acceso al empleo de las formas de gestión privada de actividades de servicio público.

Dicha aplicación debería comportar a tenor del precepto citado como mínimo los efectos siguientes:

a) La determinación previa de los requisitos y las condiciones de acceso.

b) El establecimiento de los requisitos y condiciones de acceso en términos generales y abstractos fundamentados de forma objetiva, es decir, de conformidad con las funciones o tareas a desarrollar.

c) La articulación de los procedimientos de acceso a través de convocatorias públicas, abiertas y libres, en las que se tenga en cuenta una reserva de plazas para personas con discapacidad.

d) La constitución de órganos de selección imparciales y profesionales y la resolución del procedimiento selectivo en base a un juicio técnico.

No es poco y constituye un reto apasionante la forma en que dichas entidades van a proceder a interiorizar y digerir los principios y las reglas públicas que les han de ser de aplicación.

4. Un estatuto de mínimos

Uno de los problemas que se intentan resolver a través del nuevo estatuto del empleo público es el de la densidad de la legislación básica en materia de función pública teniendo en cuenta las determinaciones de los estatutos de autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

La necesaria reducción del espacio ocupado por la norma básica estatal se quiere conseguir a través de la aplicación de una técnica jurídica peculiar que ocasiona los efectos siguientes:

a) La aplicación demorada en el tiempo de la misma norma estatutaria. De hecho, el EBEP entra en vigor el 13 de mayo de 2007, pero no en toda su complitud, ya que el mismo Estatuto establece en su disposición final cuarta que algunas de sus partes esenciales entrarán en vigor con posterioridad, en función de la entrada en vigor de las correspondientes leyes de función pública –estatal y autonómica– que hayan de desarrollarla. Más concretamente, se prevén tres grandes núcleos de excepciones:

–Los capítulos II (derecho a la carrera profesional y a la promoción interna; evaluación del desempeño, artículos 16 al 20) y III (derechos retributivos, artículos 21 al 30) del título III (derechos y deberes; código de conducta de los empleados públicos) producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP, que a estos efectos actúa como cabecera de un grupo normativo complejo que corresponde definir

al conjunto de administraciones públicas con competencias legislativas en esta materia.

—De modo idéntico, el capítulo III (provisión de puestos de trabajo y movilidad, artículos 78-84) del título V (ordenación de la actividad profesional) desplegará efectos cuando se procede a su concreción por las diferentes leyes de función pública.

—Igualmente, en materia de incompatibilidades, la entrada en vigor del nuevo sistema de reconocimiento de compatibilidades entre actividad pública y privada tendrá que esperar a la concreción del factor de incompatibilidad retribuido, que podrá reconocerse cuando entre en vigor el nuevo sistema de retribuciones complementarias pendiente de desarrollo por las futuras leyes de función pública de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas.

b) El segundo de los efectos producidos por la autocontención del EBEP en su proyección sobre el sistema de distribución de competencias consiste en la generalización de la técnica de remisión en una serie de materias de la mayor importancia para la concreción del nuevo modelo de empleo público. Así, el EBEP remite a las futuras leyes de función pública o a las normas de las correspondientes administraciones públicas la determinación del estatuto profesional del personal directivo, la generación de nuevas situaciones administrativas o el establecimiento de tipos de faltas y sanciones. De hecho, puede decirse que la forma adoptada por el legislador en la disposición de lo básico en esta ley es ciertamente peculiar, hasta el punto de que contiene pocas reglas cerradas y prescriptivas que adquieran por sí mismas eficacia directa, considerándose más apropiado el uso de normas principales, directivas o dispositivas que han de ser complementadas o sustituidas por el legislador de desarrollo.

Ello no quiere decir que el EBEP sea un modelo ideal de norma básica. La densidad básica del EBEP es de naturaleza variable en función del papel que una determinada materia haya podido tener en el proceso de concertación generado con las comunidades autónomas y las organizaciones sindicales. Precisamente, en aquellas materias que han sido objeto de transacción con los sindicatos, a modo de contrapartida por su aceptación de la nueva legislación, el EBEP olvida la lógica de autocontención y procede a reconocer directamente los trienios del personal interino, las pagas extraordinarias completas, los días suplementarios para asuntos propios o un detallado sistema de permisos y licencias para conciliar la vida laboral y familiar.

Con independencia de esta cuestión, lo cierto es que el nuevo estatuto del empleo público con respecto a la competencia autonómica puede valorarse positivamente, sobre todo si se tiene en cuenta la dis-

posición final segunda, en la que se contiene el precepto siguiente:

“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.”

Este planteamiento, que en la práctica supone la subordinación de la operación de definición de la materia básica producida por la ley estatal a la operada por los respectivos estatutos de autonomía, ha generado una gran polémica, polémica que conviene enmarcar en otra de carácter más general sobre la capacidad de los estatutos de autonomía para definir la forma y la extensión de la norma básica, aunque debemos subrayar que en este caso la decisión de restringir la capacidad de delimitación de la norma básica ha sido tomada por la misma ley estatal.

Al respecto, dos posiciones se han manifestado hasta el momento:

a) La que entiende que esta disposición en sí misma no posee ningún valor, por entender que una posible contradicción entre la ley básica estatal y un estatuto de autonomía debería resolverse siempre por el Tribunal Constitucional, sin admitir a priori una mayor jerarquía del Estatuto de autonomía sobre el EBEP en la definición de la materia básica.

b) La que plantea que la finalidad de este precepto es precisamente introducir en el mismo estatuto un principio de autolimitación que permite modular la aplicación de la ley básica estatal en materia de sistema institucional y en función de las competencias que en materia de función pública se puedan recoger en el correspondiente estatuto de autonomía.

Detrás de esta polémica está la voluntad de afirmar la prevalencia del nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, que se considera integrante del bloque de constitucionalidad, sobre la ley básica estatal. Pero lo cierto es que la polémica es más ficticia que real.

La regulación de las competencias en materia de función pública se encuentra en el artículo 136 del EAC, que se refiere a la distribución siguiente:

a) Competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y organización de la función pública, salvando lo que dispone el párrafo siguiente.

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

c) 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 personal.

Si leemos con atención este precepto, nos daremos cuenta con rapidez que la pretendida competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña en materia de función pública se limita a la submateria “ordenación y organización de la función pública”, es decir, a los instrumentos de planificación de los recursos humanos y la estructuración profesional de dichos recursos, lo que en principio no tiene que plantear un exceso de problemas si tenemos en cuenta que los preceptos del EBEP en esta materia son claramente directivos y su contenido regulativo admite su sustitución por distintas alternativas que puedan llegar a plantearse por las comunidades autónomas.

A mi juicio, los problemas en materia de competencias no se generan sobre esta materia. Cuestión distinta es el proceso de interiorización que sobre el régimen jurídico de la función pública local pueda provocar la aplicación combinada de la disposición final segunda del EBEP con el artículo 136 del EAC. Nótese que el Estatuto de autonomía catalán otorga competencias a la Generalitat de Cataluña en materia de “régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas”, locución que sin duda incluye a las entidades locales de su territorio. Recuértese también que la mencionada disposición del EBEP reconoce la posición singular de cada comunidad autónoma sobre su sistema institucional, lo que sin duda incluye a las entidades locales del territorio de Cataluña que, a los efectos del artículo 2.3 del EAC, forman parte del sistema institucional de la Generalitat, con lo que podremos concluir que el sistema de distribución de competencias establecido por el artículo 136 del EAC y reconocido por la disposición final segunda se proyecta también sobre la función pública local, desplazando a la legislación básica de régimen local en esta materia y, sobre todo, constituyéndose en un límite futuro para cualquier legislación de régimen local de carácter básico que quisiera especificar, más allá de los preceptos del EBEP, el régimen jurídico de los funcionarios locales.

El Estatuto de Cataluña no es el único que puede llevar a plantear en su desarrollo por la correspondiente ley de función pública algún tipo de incompatibilidad con el EBEP. En esta dirección hay que atender también al contenido del Estatuto de autonomía de Andalucía, cuyo artículo 47.3 prevé como competencia compartida de la comunidad autónoma el régimen estatutario de su personal funcionario, así como de su personal laboral, concretando, el artículo 76 del EAA, que corresponde a la Junta de

Andalucía la competencia exclusiva en materia de personal laboral, sobre la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de personal.

Con estos datos, es evidente que la consideración de los preceptos del EBEP que puedan incidir sobre el régimen jurídico del personal laboral en las administraciones públicas como legislación laboral, y por tanto, competencia exclusiva del Estado en base al artículo 149.1.7 de la CE, puede acabar produciendo una situación imposible de resolver. A mi juicio, va a ser muy difícil negar competencia a las comunidades autónomas para desarrollar las normas del EBEP que sean comunes a todos los empleados públicos; tampoco se podrá negar su competencia en aquellos preceptos que aun afectando a personal laboral conectan directamente con la competencia para planificar y ordenar su propio sistema de función pública, con lo que una de dos, o se admite que los preceptos del EBEP que puedan incidir en el régimen jurídico del contrato de trabajo son normas públicas dictadas al amparo del artículo 147.1.18, sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, como venía reconociendo hasta el momento nuestro Tribunal Constitucional, o se admite una especial incidencia de la competencia de nuestras comunidades autónomas en materia de legislación laboral del personal al servicio de las administraciones públicas, con lo que se podría afirmar que la convergencia normativa entre la materia relativa al régimen estatutario de los funcionarios públicos y la materia laboral produce un efecto de ampliación de la potestad normativa de las comunidades autónomas en un ámbito materialmente laboral. En todo caso, una y otra opción resultan poco concordantes con el diseño de las habilitaciones competenciales admitidas por la disposición final primera del propio EBEP.

5. Las peculiaridades de la Administración local

Uno de los problemas esenciales de nuestro sistema de función pública es su carácter adimensional. Las normas del empleo público en nuestro país han tendido siempre a la generalización siendo asépticas respecto a las condiciones en las que se debía desarrollar la relación de empleo desde la perspectiva de la organización, desconociendo la necesaria adaptación a la realidad de nuestras estructuras públicas y, más concretamente, a la de nuestras administraciones locales, olvidando la notoria fragmentación de nuestro mapa municipal y la no menos evidente diversidad de situaciones y de realidades que desde los más variados puntos de vista califican a las instituciones municipales.

Como dice el ICEBEP, las leyes de función pública están pensadas de manera exclusiva para la Administración del Estado y de las comunidades autónomas, aparatos a los que, si acaso, tan sólo son equiparables los de algunos grandes ayuntamientos. De aquí la necesidad de tener en cuenta las singularidades de la Administración local que cuenta ya con casi el 25 por ciento del total de los empleados públicos del país.

Pues bien, lo cierto es que la recomendación ha tenido poco éxito en la voluntad de nuestro legislador. El EBEP sólo recoge expresamente especificidades relativas al personal de las entidades locales en las materias siguientes:

a) La regulación de las mesas de negociación y el reconocimiento de la legitimación negocial de las asociaciones de municipios y de las entidades locales de ámbito municipal (artículo 34 del EBEP).

b) La regulación de la situación de servicios especiales por desempeño de cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva, y cuando se desempeñen responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales, así como cuando se desempeñen responsabilidades de miembros de los órganos locales para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones económico-administrativas [artículo 87.1.f)].

Lo cierto es que al margen de estas cuestiones cuesta encontrar en el EBEP alguna regulación sustantiva de naturaleza adaptativa que vaya más allá de las menciones orgánicas o representativas.

Pero no se trata sólo de eso. Las referencias del ICEBEP contenían también una demanda de simplificación del ordenamiento jurídico de la función pública local que pasaba porque, más allá del EBEP, la legislación aplicable a los funcionarios de la Administración local fuera la que regulará la función pública de la respectiva comunidad autónoma. Dicha propuesta resultaba coherente con la incorporada en el *Libro blanco para la reforma del gobierno local* y, más concretamente, con los preceptos del Anteproyecto de ley básica del gobierno y la administración local preparado en la anterior legislatura, que incorporaba una disposición adicional novena que remetía el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración local a lo contenido en el EBEP.

Ya sea por la falta de sincronía en la tramitación y aprobación de los diferentes proyectos mencionados producida en la anterior legislatura o ya sea por la posición de la Federación Española de Municipios y Provincias, partidaria de mantener una regulación específica del personal al servicio de las entidades locales establecida directamente por el Estado, lo cierto es que el artículo 3.1 del EBEP señala que el

personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto, y por la legislación de las comunidades autónomas, con respeto a la autonomía local.

Esta referencia, breve y sintética, al sistema de fuentes de la función pública local produce una serie de transformaciones sobre el esquema conocido que se han de considerar con atención, aunque a nosotros sólo nos corresponda comentarlas brevemente. En primer lugar, una interpretación literal del precepto nos indica que es voluntad del legislador básico estatal de la función pública general la aplicación, como mínimo concurrente, del EBEP con las bases del régimen local en materia de personal. Esta primera impresión se corrige, si se tiene en cuenta la disposición derogatoria única del propio EBEP, donde se afirma que quedan igualmente derogadas todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el Estatuto básico del empleo público. Por tanto, el EBEP supera la relación de concurrencia con el régimen local y se coloca en una posición primaria por encima de las bases de régimen local que han de quedar derogadas implícitamente cuando entren en contradicción con sus preceptos, lo que introduce un factor de incertidumbre en el conjunto de operadores jurídicos que se ven obligados a un análisis caso por caso para determinar la norma contenida en cada uno de los textos legales, calibrar su grado de compatibilidad y decidir la vigencia o no de un determinado postulado normativo.

Si se pretendía reducir la inseguridad del sistema jurídico aplicable a los funcionarios locales no parece que esta sea la mejor forma de conseguirlo. Pero es que, además, el artículo 3.1 del EBEP se aleja también de la propuesta del ICEBEP de ganar una mayor seguridad jurídica simplificando el doble marco de normas básicas estatales proyectadas sobre la función pública local, identificando la regulación de la función pública de la comunidad autónoma con la regulación de la función pública de las entidades locales de su ámbito territorial.

Además, la subsistencia de un esquema dual de bases estatales en materia de función pública local se aleja del proyecto de interiorización del régimen local en materia de empleo público que contienen los estatutos de segunda generación, lo que sin duda ocasionará más de un conflicto y seguirá lastrando la gestión de los recursos humanos en nuestras corporaciones locales que ante un sistema de derecho objetivo tan complejo como el expuesto acabarían priorizando el acuerdo con los sindicatos y la primacía del derecho convencional.

6. La difícil construcción de una clase directiva profesional

Para el ICEBEP la gerencia –la dirección pública– es una respuesta a las demandas sociales de eficacia y eficiencia en la prestación de servicios públicos. Desde esta perspectiva la regulación de un estatuto del directivo público, como una “clase de personal” al servicio de las administraciones públicas, resulta imprescindible. Dicha regulación debería abordar el acceso a este grupo profesional, la atribución legal de determinadas competencias y responsabilidades y el grado de autonomía con que pueden desempeñarse y las condiciones de cese. Aspecto esencial de cualquier estatuto de los directivos públicos debería ser la regulación de sus condiciones de empleo, el sistema de control y evaluación de su desempeño y el régimen de responsabilidad e incompatibilidades.

Lo cierto es que la categorización de esta figura en la ley básica estatal ha chocado con la oposición de las comunidades autónomas a la consagración de una nueva clase de personal cuya regulación básica podría entrar en contradicción con sus competencias en materia de organización de la Administración que, tal como plantea, por ejemplo, el artículo 150 del EAC, corresponde en exclusiva al ámbito de su autonomía política en aquello que hace referencia a la estructura y la regulación de los órganos y directivos públicos. Ello ha llevado a que la regulación del personal directivo sea muy breve y escueta, integrándose en un precepto aislado de un subtítulo “personal directivo” al título II que se enuncia como “clases del personal al servicio de las administraciones públicas”, con lo que se puede defender que el personal directivo no es en puridad una clase de personal sino una función directiva sobre la que las comunidades autónomas tienen una competencia exclusiva fundamentada en sus potestades de autoorganización. Es precisamente la extensión de este razonamiento la que permite al artículo 13.1 del EBEP deslegalizar la materia aseverando que el gobierno o los órganos de gobierno de las comunidades autónomas –hay que entender también que los órganos de gobierno de las entidades locales– podrán establecer el régimen jurídico del personal directivo.

Con todo, lo cierto es que el EBEP ha acertado a configurar una tipología de personal directivo que se define como profesional, es decir, como objeto de una profesión de un grupo de personas que deberán poseer las competencias necesarias para ejercer la función directiva. Dicho personal desempeñará las funciones directivas que sean definidas como tales en las normas específicas de cada administración pública, en el bien entendido de que el personal directivo que desempeñe funciones que impliquen

la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales deberá ser funcionario. En todo caso, el personal directivo habrá de ser seleccionado de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, así como de idoneidad, mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia. Dicho personal estará sujeto a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que hayan sido fijados. En fin, cuando el personal directivo tenga la condición de personal laboral, su relación jurídica estará sometida a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, relación laboral que será modulada por los preceptos del EBEP y se entiende por la que puedan establecer al respecto las comunidades autónomas en desarrollo de las reglas básicas de carácter público que el EBEP haya previamente señalado.

Quizás el mayor mérito del EBEP en esta materia haya sido acertar con una figura de personal directivo encuadrada profesionalmente pero flexible en su desarrollo y adaptación a las necesidades de cada administración pública. Al respecto, hay que ser consciente de que dicha figura puede resultar no coincidente con la regulación, por ejemplo, de las formas de provisión de los órganos de directivos establecidos por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, órganos que son nombrados y cesados libremente por la Junta de Gobierno Local de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública. Igualmente, no estará de más advertir que la falta de consolidación legal de la figura del personal directivo puede deparar numerosas sorpresas, tal como ha sucedido con la disposición adicional novena de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, que ha incidido en esta materia introduciendo una nueva disposición adicional, la decimoquinta, sobre el régimen de incompatibilidades y declaración de actividades y bienes de los directivos locales y otro personal al servicio de las entidades locales, del que por cierto parece deducirse que el personal eventual al servicio de las entidades locales puede desempeñar funciones directivas, lo que iría directamente en contra de la profesionalización pretendida por el EBEP para la dirección pública.

7. La reducción del empleo temporal en la Administración pública

Uno de los problemas esenciales identificados por el ICEBEP consiste en la necesidad de abordar el problema de la elevada temporalidad existente en el

empleo público que pusieron de manifiesto en toda su extensión el informe del Defensor del Pueblo titulado "Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público (2003)" y el informe del Consejo Económico Social denominado "La temporalidad en el empleo en el sector público (2004)". Estos informes revelaban que el aumento de la temporalidad en el empleo público y, más concretamente, en la sanidad, en la educación y en las entidades locales, había sido muy intenso en los últimos años. Téngase en cuenta que, según el estudio del CES, la tasa de temporalidad en las administraciones públicas españolas se situaba en torno al 22,8%, siendo mayor en las administraciones locales con casi el 30% y en la sanidad pública con un 29% de precariedad.

Para hacer frente a esta excesiva temporalidad el ICEBEP proponía una serie de medidas específicas y concretas, como podían ser las siguientes:

a) La necesidad de incluir las plazas vacantes existentes en las plantillas en las administraciones públicas desempeñadas por personal interino en la primera oferta de empleo público posterior a la interinidad, salvo que se decidiera su amortización.

b) El inmediato cese del personal temporal cuando cesara la causa que justificara su relación y la prohibición de prórroga o reiteración no justificada expresamente de los programas temporales que justificaran una contratación determinada.

c) La exigencia de responsabilidades de carácter disciplinario, patrimonial o, en su caso, penal, a las autoridades o funcionarios a los que se pudiera atribuir la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral del empleado interino o laboral.

Pues bien, lo cierto es que de dichas recomendaciones sólo se ha recogido expresamente en el EBEP la obligación de incluir en la oferta de empleo público correspondiente las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos correspondientes al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

En cambio, no se ha introducido ninguna precaución en el manejo de las figuras de temporalidad. Es más, a mi entender las nuevas figuras de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal o por exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, aparecen en la escena del empleo público sin ninguna previsión destinada a prevenir los abusos en su utilización, ya que la norma estatutaria ha ignorado el consejo del ICEBEP para establecer un sistema de responsabilidad personal por el uso fraudulento de las formas de temporalidad en el empleo público.

En este sentido, la legislación autonómica parece querer cubrir esta dejadez del legislador básico estatal. Así, por ejemplo, el artículo 16 de la Ley de función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares previene que el interinaje por ejecución de programas temporales no podrá prorrogarse más allá de dos años; mientras que el artículo 8 de Decreto legislativo que aprueba el Texto refundido de la Ley de función pública de Galicia establece una tasa de interinaje funcional que no puede superar el 20% del total del personal funcionario de un centro directivo, ni el 3% del personal funcionario de la Xunta de Galicia, estableciendo, además, el artículo 10 del mismo texto legal, una responsabilidad personal por la contratación laboral de personal temporal al margen de las causas previstas por la Ley.

Lo que no figuraba en el ICEBEP, y ha sido expresamente introducido en el EBEP a instancias de las organizaciones sindicales que negociaron sus sucesivas redacciones, es una invitación a las administraciones públicas para que lleven a cabo procesos de consolidación de empleo con el objetivo de reducir la contratación temporal en las administraciones públicas y acabar con una situación irregular que se pretende corregir para el futuro.

En esta dirección, la disposición transitoria cuarta del EBEP prevé que las administraciones públicas puedan efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Por tanto, los requisitos que han de cumplir los puestos de trabajo incorporados a estas convocatorias, que pueden ser activadas por todas las administraciones públicas, son sencillamente los de carácter estructural, dotación presupuestaria y cobertura temporal o interina con anterioridad a 1 de enero de 2005, fecha que no es ningún capricho del legislador sino que coincide exactamente con la finalización del último proceso de consolidación temporal producido en la Administración General del Estado, sobre la base del Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración pública, que estableció la posibilidad de emprender procesos de consolidación de empleo temporal estructural anterior al 2 de diciembre de 1998 durante su período de vigencia, que concluía el 31 de diciembre de 2004.

En todo caso, los procesos selectivos de consolidación de empleo han de garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, teniendo en cuenta que el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos

objeto de la convocatoria y que en la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados a las administraciones públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. Los procesos selectivos de consolidación de empleo habrán de ajustarse a las prescripciones de los párrafos 1 y 3 del artículo 61 del EBEP, y ello quiere decir que habrán de ser abiertos y garantizar la libre concurrencia. Además, sólo se podrá otorgar a la fase de valoración de méritos una puntuación proporcionada que no llegue a determinar, en ningún caso, el resultado del proceso selectivo.

8. La composición de los órganos de selección

Por imperativo constitucional, el acceso al empleo público ha de estar presidido por los principios de igualdad y mérito. Dichos principios se desconocen cuando los órganos de selección que han de procurar a las administraciones públicas un proceso selectivo en condiciones de paridad y una decisión selectiva que permita el acceso al empleo públicos de los mejores candidatos se integran por personas que actúan en representación de partidos políticos o de organizaciones sindicales que pretenden favorecer a sus “representados”. De aquí que el ICEBEP considere una de las claves fundamentales de la credibilidad de todo el proceso selectivo una composición técnica de los órganos de selección en base al principio de imparcialidad y profesionalidad. Ello significa el establecimiento de unas reglas mínimas de exclusión que atañen al personal eventual, representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos, personas que hayan intervenido en la preparación de candidatos y, en general, todas aquellas afectadas por alguna causa de abstención o recusación. Ello significa, también, la conversión del conocido principio de especialidad en un principio de profesionalidad que incluya como matiz distintivo una especial preparación de los miembros de los órganos de selección que les procure un dominio de las técnicas y habilidades específicas de selección de personal.

Lo cierto es que los principios de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección se han afirmado con claridad en el artículo 60.1 del EBEP. En cambio, no puede decirse lo mismo del sistema de exclusiones planteado por el ICEBEP. Se ha excluido de la composición de los órganos de selección al personal de elección o de designación política, al personal funcionario, y parece que por extensión, al personal laboral temporal y al personal eventual. Exclusiones que, por cierto, no han provocado más que alguna tensión menor en el ámbito de

la Administración local, donde se ha intentado justificar la presencia de miembros de nuestras corporaciones locales en base a la indisoluble relación existente entre el nivel político y el nivel administrativo que comporta el principio de autoadministración. Sin embargo, ha resultado mucho más difícil excluir de la composición de los órganos técnicos de selección a la representación sindical o unitaria de nuestros funcionarios públicos.

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. El Proyecto de ley del Estatuto básico del empleado público, presentado en el Congreso de los Diputados (BOCG de 8 de septiembre de 2006, núm. 94, serie A, proyectos de ley) contenía esta misma prohibición redactada de una forma distinta:

“La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación de personal o cualquier otra entidad representativa de intereses.”

En el mismo texto figuraba una previsión referida al personal laboral según la cual las administraciones públicas podían negociar “las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”, precepto que se ha incorporado al artículo 61.7 del EBEP. Pues bien, en el transcurso del proceso selectivo ha desaparecido la referencia expresa a la exclusión de la representación de asociaciones, organizaciones sindicales y órganos unitarios de representación de personal y la disposición ha quedado redactada como la conocemos.

Una interpretación estricta del precepto conduce ineludiblemente a la conclusión de que la participación en un órgano de selección no puede fundamentarse en una designación o propuesta de un tercero capaz de generar un vínculo de representación o gestión de sus intereses propios. Se podrá relativizar esta exclusión advirtiendo que en la representación una persona designa a otra que actúa en su nombre, mientras que en la propuesta una persona propone a otra al efecto de que sea nombrada sin que esto suponga que actúa en su nombre, olvidando que la propuesta en Derecho público supone el ejercicio de un derecho que habilita las condiciones necesarias para la producción del acto administrativo de nombramiento con la consecuencia última de que el órgano con capacidad para adoptar la decisión sólo puede aceptar o no la oferta realizada por el proponente, sin capacidad para sustituirla por otra, con lo

que, se quiera o no, la relación que se constituye entre la persona propuesta y el proponente no deja de tener una raíz de naturaleza representativa: se es designado miembro de un órgano de selección en cuanto se ha sido propuesto por una determinada representación de los empleados públicos. Las personas nombradas a propuesta de una organización actúan en representación de esa misma organización, con la única diferencia, a la que por cierto se refiere el artículo 24 de la LRJAPyPAC, de que las organizaciones representativas de intereses sociales no podrán sustituir a sus miembros por otros, supuesto que se produce cuando la participación en un determinado órgano colegiado se atribuye directamente a la organización sindical de referencia. A mayor abundamiento, no se nos ocurre otra forma de integración en el órgano de selección que la formulación de una propuesta formulada por la representación que corresponda seguida de la pertinente designación como miembro del órgano de selección.

Alternativamente se ha planteado la posibilidad de que los representantes de las organizaciones sindicales o de los órganos unitarios puedan integrarse como asesores, con voz y sin voto, o como observadores, sin voz ni voto, pero conservando en cualquier caso el derecho a ser convocados y a asistir a las reuniones del órgano de selección, con la finalidad, se dice, de controlar el proceso selectivo y mejorar sus garantías de transparencia y imparcialidad. Pero lo cierto es que la figura del observador no existe en nuestro Derecho del empleo público y la posible utilización de asesores especialistas se limita a la colaboración técnica en materias de su especialidad y no a servir como vía indirecta a través de la cual se haga presente el sindicato en el proceso de selección.

En esta dirección, se nos recuerda que el artículo 61.7 del EBEP incluye para el personal laboral la posibilidad de que las administraciones públicas negocien formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos de selección, olvidando que dicha posibilidad existía en el proyecto de ley presentado por el Gobierno y se consideraba compatible con la prohibición de integración de vocales representativos de las organizaciones sindicales en los órganos de selección de todos los empleados públicos.

Llegados a este punto, es el momento de constatar que en la actualidad no existe ningún precepto legal que permita la participación de los sindicatos o de las juntas de personal en los órganos de selección de los empleados públicos. Por tanto, parece que la actividad de supervisión del sindicato de la función selectiva que realizan los órganos de selección se ha de producir desde el exterior del órgano selectivo,

debiendo reconocerse a las representaciones de los empleados públicos capacidad suficiente para conseguir información sobre la composición nominal del órgano de selección, la realización de las pruebas y ejercicios, los criterios que puedan establecerse para la integración y aplicación de las bases de las convocatorias y las incidencias que puedan producirse en el proceso selectivo. Sólo así puede entenderse el contenido del artículo 36.1 del EBEP, en el que se reconoce a las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública legitimación para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección.

Pero, también, es el momento de constatar la resistencia ofrecida por las organizaciones sindicales a una posible pérdida de posición en los órganos de selección del empleo público que sorprende en un sindicalismo democrático, que debería tener una mejor comprensión del principio de igualdad y mérito, resistencia que ha contado con la complicidad, o la debilidad, de nuestras administraciones públicas, que no han adoptado una actitud decidida en esta cuestión. En la que podría ser una adecuada comprensión de las previsiones establecidas por el EBEP, hay que traer aquí a colación el artículo 51.5 de la Ley de función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuando establece que no pueden formar parte de los órganos de selección “los representantes de las empleadas y de los empleados públicos, sin perjuicio de las funciones de vigilancia y control del buen desarrollo del procedimiento selectivo”.

9. La carrera administrativa: competencia y desempeño profesional

Uno de los principales problemas del nuestro sistema de función pública es la inexistencia de una carrera de los funcionarios públicos capaz de proyectarse a lo largo de su vida profesional como elemento motivador de su desempeño y de la mejora de sus competencias profesionales. Ese vacío se quiere llenar ahora con un nuevo modelo de promoción horizontal vinculada al desarrollo de las competencias relacionadas con el puesto de trabajo, manifestado en un mejor rendimiento y acreditado a través de un sistema de evaluación del desempeño de los empleados públicos.

La carrera horizontal exige una serie de requisitos a los que deben atender las diferentes administraciones públicas en la forma siguiente:

a) Articular un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración para cada uno de ellos.

b) Vincular la progresión entre los diferentes grados, categorías o escalones de ascenso a la valoración de la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño.

c) Establecer un sistema de evaluación del desempeño cuyos criterios y mecanismos generales de procedimiento deberán ser negociados con las organizaciones sindicales representativas de los empleados públicos.

El proceso no es simple y puede complicarse aún más si se opta por relacionar la conducta profesional con un sistema de competencias o de perfiles competenciales, entendido como la identificación y la definición de las capacidades profesionales y de los comportamientos necesarios para el desarrollo excelente de un determinado puesto o perfil profesional, y se proyecta el instrumento de evaluación sobre la valoración de esas competencias profesionales en sus distintos grados de adquisición.

En todo caso, conviene hacer notar que en el sistema del Estatuto del empleado público la evaluación del desempeño es una técnica multifuncional. Ha de servir para evaluar la adquisición de competencias profesionales, pero también el rendimiento individual o grupal, como equipo o unidad de trabajo, sobre la base de la definición de objetivos e indicadores de rendimiento que sirvan para asignar complementos retributivos relacionados con la productividad del empleado público.

La articulación del sistema no es fácil, ya que exige la posesión de la capacidad de gestión necesaria para poder definir y clasificar el perfil de competencias profesionales de cada uno de los puestos de trabajo de una determinada administración pública y un sistema de objetivos suficientemente individualizado para determinar la aportación que se espera de cada empleado público a su consecución. Ello ha de hacerse procurando una mayor personalización de la gestión de los recursos humanos, en medio de una intensa concertación social y garantizando siempre un sistema de recursos que permita trasladar la idea de que las nuevas técnicas de promoción y evaluación se fundamentan en el principio de equidad.

Las desviaciones del modelo son también conocidas: automatismo en la evaluación, separación entre evaluación y progresión en la carrera profesional o en la asignación de la retribución por rendimiento, burocratización del proceso de evaluación, fomento de la competencia personal en función de análisis comparativos, oposición sindical y falta de capacidad de los gestores de la función de recursos humanos en nuestras administraciones públicas para impulsar un proceso de este tipo.

En todo caso, lo cierto es que el nuevo sistema de promoción profesional ha abierto un buen número de expectativas que pueden defraudarse por unas normas de desarrollo que no lleguen a ajustarse a las opciones previstas. Si repasamos lo sucedido en las diferentes administraciones públicas, podríamos llegar a percibir una serie de pautas iniciales como las apuntadas en los enunciados siguientes:

a) La conversión del nuevo sistema de carrera horizontal en carrera de grado personal en base a la superación de cursos de formación y la evaluación del desempeño (artículo 67 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares).

b) La introducción de automatismos de progresión en los niveles de carrera profesional horizontal fijados únicamente sobre la base del tiempo de ejercicio profesional (décimo, Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos en el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre los criterios generales de la carrera profesional horizontal de los empleados públicos de dicho ámbito, Mérida, 15 de septiembre de 2008).

c) El acotamiento o establecimiento de límites para el desarrollo de un proyecto de carrera profesional que se entiende ha de mejorar a corto plazo las expectativas retributivas de los funcionarios públicos (III, Acuerdo de 22 de febrero de 2008, del Consell, por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos, de 20 de febrero de 2008, de la Mesa Sectorial de Función Pública, sobre condiciones de trabajo para el período 2008-2011, DOGV 5710/25.02.2008).

10. La afirmación de la posición del sindicato en el sector público

La presencia del sindicato en el sector público, en base a un modelo de relaciones laborales trasladado directamente desde el sector privado que ha relativizado las particularidades del entorno público, no puede valorarse positivamente. Pesan en esta valoración la deficiente articulación del sistema de negociación, la imprecisión en las materias que han de ser objeto de negociación o la práctica de una negociación inspirada en la obtención de ventajas concretas y tangibles para los empleados públicos al margen de toda consideración por el interés colectivo y la eficiencia del servicio público como elemento esencial de la solidaridad social.

Las soluciones aportadas por el EBEP no parece que vayan a mejorar esta situación. Lo cierto es que la estructura de la negociación colectiva que pretendía simplificarse se ha complicado extraordinaria-

mente con la emergencia de un nuevo ámbito de negociación de obligada constitución en todas nuestras administraciones públicas, como puede ser la mesa general de negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de cada administración pública. Dicha mesa de negociación no sustituye a la mesa general de negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario y tampoco sustituye a la comisión negociadora del convenio colectivo laboral. De esta manera se sobrepone una nueva unidad de negociación a las existentes y no se elimina ninguna, con lo que la operación resulta de dudosa eficacia y legitimidad en el marco de un sistema de relaciones laborales al que se añade una mesa general de negociación de las administraciones para negociar las materias que resulten susceptibles de regulación estatal con el carácter de norma básica, incluido 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 del Estado de cada año, y, en principio con carácter facultativo, una mesa general de negociación de las administraciones públicas de cada una de nuestras comunidades autónomas, con capacidad para determinar aquellas materias que hayan de ser idénticas y objeto de negociación en el régimen del personal al servicio de las administraciones públicas de su sistema institucional. El sistema se completa con la legitimación negocial conferida a las asociaciones y federaciones de municipios y a las entidades supramunicipales de carácter intermedio para negociar acuerdos de condiciones de trabajo para los empleados públicos de su ámbito territorial al que podrán adherirse los municipios de dicho ámbito, legitimación que se otorga para superar los vacíos de negociación que se daban en la estructura de entidades locales de nuestro territorio pero que, si se conciben como acuerdos de adhesión, implican la necesaria existencia de una instancia de negociación que acepte previamente dicha operación, lo que acaba inutilizando un mecanismo pensado para la cobertura de los vacíos negociales y no como un complemento o mejora de la negociación.

Por lo que hace referencia al ámbito material de la negociación, el EBEP ha realizado un serio esfuerzo para delimitar el objeto de la negociación identificando con mayor claridad las cuestiones negociables y las que quedan excluidas de la negociación. En este sentido, han desaparecido las cláusulas generales de la antigua legislación que permitían negociar cuantas otras materias pudieran afectar a las condiciones de trabajo y al ámbito de las relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración; igualmente, se ha ampliado la lista

de materias que se excluyen de la obligatoriedad de la negociación introduciendo los derechos de los usuarios de los servicios públicos, la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo y la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Finalmente, la técnica legislativa utilizada para la concreción de las materias objeto de negociación se cuida de subrayar aquello que ha de ser objeto de negociación, las normas, los criterios generales, los planes y las propuestas, resaltando que la negociación colectiva es siempre un proceso de determinación general de condiciones de trabajo que ha de oponerse a la determinación concreta y singular de un determinado proceso o acto administrativo en materia de personal.

En todo caso, la mayor precisión obtenida en las materias objeto de negociación se empaña por la concesión que supone la obertura a la negociación de las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, aunque aquello que ha de ser materia de negociación no es propiamente la decisión organizativa sino la repercusión que la misma pueda tener sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Con todo, la posición del sindicato en el proceso de negociación queda ahora robustecida por la especial dificultad que van a tener las administraciones públicas para resolver el proceso de negociación con el retorno a la fijación unilateral de las condiciones de trabajo de los empleados públicos en aquellos supuestos en que no se haya podido obtener un acuerdo en la negociación o el acuerdo obtenido no haya obtenido la pertinente ratificación del correspondiente órgano de gobierno. La falta de ratificación de un acuerdo comporta ahora un proceso de renegociación, siempre que lo solicite el banco sindical de la mesa de negociación, y la falta de acuerdo en la negociación comporta también una mediación obligatoria, siempre que lo solicite la instancia sindical con presencia en la mesa de negociación. Sólo en el supuesto en que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Se olvida de esta manera, a favor de un pretendido principio de autonomía colectiva que se quiere también presente en la Administración pública, que la negociación colectiva en la función pública es un sistema de participación del sindicato en el poder de que disponen nuestros órganos de gobierno para ordenar y dirigir la Administración pública, poder

que se ha de orientar en función de un interés público que no puede subordinarse al interés colectivo de nuestros funcionarios, que, frente al interés del conjunto de nuestra comunidad de ciudadanos, es siempre un interés concreto y específico.

11. La codificación de la ética del empleado público

La codificación de la ética de los empleados públicos aparece en el sistema estatutario como un elemento de modernización de los servicios públicos. Su objetivo es evidente: establecer una serie de deberes de los funcionarios públicos y atender al modo en que han de cumplirse en base a la determinación de actuaciones o comportamientos de hacer o no hacer que atienden a la configuración de un código de conducta más o menos difuso con capacidad para determinar el marco ético que debe presidir la actuación individual de cada uno de nuestros funcionarios públicos.

Dicho código de conducta tiene una finalidad pedagógica y orientadora, presentándose como una fórmula de racionalización del derecho disciplinario que sirva de referencia para adoptar un determinado comportamiento en caso de duda. Pero se quiere también que dichos principios actúen como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. En este sentido, el código de conducta debería servir para simplificar y hacer más comprensibles las faltas profesionales que los empleados públicos pudieran cometer, lo que, en principio, parece no haberse conseguido dada la desconexión existente entre los principios y las faltas disciplinarias en la concreción de las diferentes conductas. A partir de aquí, puede plantearse el problema de su exigibilidad y vinculación jurídica, que, a nuestro entender, puede resolverse si se utilizan los principios de conducta como elemento auxiliar que permita al juez la identificación de conductas susceptibles de configurar los diferentes tipos jurídicos propios del sistema de faltas administrativas en su remisión a deberes deontológicos o a conceptos jurídicos indeterminados. También pueden servir al juzgador para corregir el margen de apreciación de que goza la Administración pública para el discernimiento de la gravedad o la levedad de las infracciones y, en relación con ello, la graduación de las respectivas sanciones. En todo caso, resultará ilustrativo para comprender el verdadero valor de dichos códigos de conducta el uso que de los mismos se haga como informadores de la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos por los mismos órganos de gobierno de las administraciones públicas y por la jurisdicción contenciosa.

El código de conducta de los empleados públicos es un código legal, constituyendo sus reglas verdade-

ras normas jurídicas que se proyectan sobre formas de actuación, conductas o comportamientos a observar por los empleados públicos. Hay, pues, una ética del empleado público, pero no hay como tal una ética de la institución pública que tenga un carácter más comprensible y global, proyectándose como una garantía para los ciudadanos. La ética individual no es la ética corporativa.

Finalmente no estará de más advertir que el código de conducta de los funcionarios públicos no va acompañado de la constitución de una infraestructura ética para el empleo público destinada a reforzar las conductas adecuadas y a evitar, identificar y corregir las conductas no deseadas desde el punto de vista ético.

Aquí las conductas a adoptar son muy variadas pero van desde la existencia de un marco general de formación efectiva a través del cual los funcionarios aprenden y adoptan normas éticas, pasando por la existencia de una serie de mecanismos de control interno y de un sistema de protección real de los empleados públicos que denuncien los comportamientos inapropiados o la infracción de las normas en vigor y llegando a la creación de una unidad, centro o servicio especial con capacidad de asesoramiento en materia de conflictos de intereses y de promoción de conductas éticas.

12. Las huidas

Nuestra intervención debe terminar con una breve referencia a los problemas de fuera, a los que no se han dicho, a lo que no se ha querido o podido resolver.

El primero y principal sigue siendo la ausencia de una función de recursos humanos capaz de gestionar una serie de políticas con una impronta de modernidad evidente. Cuando se decide abordar problemas de una seriedad indiscutible, como pueden ser las políticas de selección del personal, la evaluación del desempeño con incidencia en la carrera, la retribución o la provisión de puestos de trabajo, la profesionalización de la negociación colectiva en el sector público o la constitución de una infraestructura ética para la gestión del empleo público, hay que dotarse de medios personales calificados en la gestión de los recursos humanos en el sector público y, sobre todo, hay que constituir instituciones tales como las oficinas de selección de personal, las escuelas de administración pública, las agencias para la representación pública en la negociación colectiva, los sistemas de solución de conflictos o la creación de un comité de ética pública. La necesidad objetiva de un sistema de instituciones para la política de recursos humanos en el sector público es, simplemente, una necesidad desatendida; y sin ella no hay reforma, sólo legislación.

En el capítulo de las huidas la segunda referencia hay que hacerla a la paradójica situación de un nuevo régimen jurídico del empleo público que aparece huérfano de referencia al sistema de tutela jurisdiccional vigente y anuncia por ello mismo la futura querrela jurisdiccional.

Lo cierto es que sobre el empleo público y, más concretamente, sobre las normas del EBEP comunes al personal funcionario y laboral, van acabar convergiendo dos órdenes jurisdiccionales con distintos principios y procedimiento y, por qué no decirlo, con distinto resultado final en la producción de resoluciones que pueden ser contradictorias entre sí. Tales circunstancias afectarán a la seguridad jurídica y pueden acabar suponiendo una lesión al principio de igualdad en la aplicación de la ley. De aquí que sea muy conveniente no olvidar que la regulación de las peculiaridades del régimen del personal laboral al servicio de las administraciones públicas supone su “funcionarización”, acercando el tratamiento dado a ambos colectivos de empleados públicos, sobre la base de los principios que inspiran la actuación de las administraciones públicas, encuadrables en el Derecho público y muy diferentes de aquellos que regulan la libertad de negociación entre trabajadores y empresarios.

La primera prueba de fuego la tendremos sin duda en la jurisdicción competente para conocer de los llamados acuerdos mixtos o acuerdos sobre materias comunes al personal laboral y funcional. Dichos instrumentos tendrán la consideración y efectos de acuerdos para los funcionarios y de convenios sobre materias concretas para el personal laboral. De surgir dudas sobre una cláusula del acuerdo o sobre la legalidad del mismo, la decisión sobre la controversia puede seguir dos posibles vías de actuación:

a) Resolverse por los órganos de la jurisdicción social o de la jurisdicción administrativa, según la naturaleza de la disposición impugnada, pudiendo plantearse idéntica cuestión y decidirse de manera distinta por cada órgano jurisdiccional.

b) Entender que no resulta conveniente la división de la causa y que la unidad de actuación, la naturaleza del acto de aprobación y el carácter público de la legislación que da cobertura a este tipo de acuerdos indican como solución más adecuada que la resolución de sus impugnaciones corresponda en todo caso a la jurisdicción contenciosa.

En todo caso, la polémica está servida.

Bibliografía

AZEMAR I MALLARD, Lluís. “Objeto, ámbito de aplicación y leyes de desarrollo”, en Del Rey Guanter, Salvador (director), *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, La Ley, Madrid, 2008.

CARDENAL CARRO, Miguel. “Un estatuto para los empleados públicos”, XIX Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008.

CASTILLO BLANCO, Federico A. “El Estatuto básico del empleado público: ¿Hasta dónde llegan las bases?”, III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, 2008.

ELORZA GUERRERO, Fernando. “El código de conducta como fuente ordenadora de la prestación de trabajo del empleado público”, XIX Congreso Nacional de la Asociación Española del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008.

EMBED IRUJO, Antonio. “Incidencia del Estatuto básico del empleado público en la normativa de las comunidades autónomas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137 (2008).

GÁRATE CASTRO, Javier. “Una valoración crítica de la regulación de los deberes de los empleados públicos en su estatuto básico”, XIX Congreso Nacional de la Asociación Española del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008.

JEAN-PIERRE, Didier. *L'éthique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, LGDJ, París, 1999.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “Luces y sombras del nuevo Estatuto básico del empleado público”, en Del Rey Guanter, Salvador, *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, La Ley, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “Marco competencial de la Generalitat en materia de empleo público y estructura y ordenación del empleo público desde la perspectiva local”, *RVAP*, 80 (2008).

Llibre blanc de la funció pública catalana, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2005.

MAGRE FERRAN, Jaume (editor). *Informe de l'Observatori de Govern Local*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2006.

MARCED CAÑETE, Carmen. “La negociación colectiva de los empleados públicos y el control jurisdiccional”, en AA.VV., *La negociación colectiva en las administraciones públicas a propósito del Estatuto básico del empleado público*, CJPJ, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ YÁNEZ, Nora María. “La consolidación del empleo temporal en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público”, XIX Congreso Nacional de la Asociación Española del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008.

MERCADER UGUINA, Jesús R.; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo. “Cuestiones de competencia jurisdiccional”, *Revista de Estudios Locales*, 112 (2008).

ORTEGA, Luís. “La extensión de las normas básicas en el nuevo Estatuto básico del empleo público”, III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, 2008.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. "La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración y, especialmente, de la Administración local", *Revista de Estudios Locales*, 112 (2008).

ROQUETA BUJ, Remedios. "La negociación colectiva del personal laboral de las administraciones locales tras el Estatuto básico del empleado público", *Revista de Estudios Locales*, 112 (2008).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007.

SERRANO PASCUAL, Antonio. "El Estatuto básico del empleado público y las entidades locales: Valoración crítica", *Cuadernos de Derecho Local*, 15 (2007).

SERRANO PASCUAL, Antonio. "La regulación de la función directiva profesional en las entidades locales, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público", *El Consultor*, 23 (2007).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. "Las relaciones de ET y EBEP", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 731 (2007).

WEISS, Jean-Pierre. *L'évaluation et la notation des fonctionnaires de l'Etat*, Ministère de la Fonction Publique, París, 2006. ■

Tipos de empleados públicos

1. Introducción: clases de empleados públicos.
2. Empleados fijos y empleados temporales.
 - 2.1. El empleo público temporal en el EBEP.
 - 2.2. El proceso de consolidación previsto en la disposición transitoria cuarta del EBEP.
 - 2.3. El personal laboral por tiempo indefinido.
 - 2.4. Los empleados públicos temporales.
3. Empleados públicos estatutarios y laborales.
 - 3.1. Funcionarios y laborales.
 - 3.2. El proceso de funcionarización de la disposición transitoria segunda del EBEP.
 - 3.3. El funcionario de carrera en el EBEP.
 - 3.4. El personal laboral fijo en el EBEP.
4. El personal eventual.
 - 4.1. La catalogación de puestos de trabajo del personal eventual.
 - 4.2. La delimitación objetiva de los puestos que pueden ser ocupados por eventuales.
5. Algunos apuntes conclusivos.

Francisco Sospedra Navas
*Magistrado del Tribunal Superior
de Justicia de Cataluña*

1. Introducción: clases de empleados públicos

La clasificación de los empleados públicos en el EBEP continúa con el sistema dual que ha venido manteniéndose en nuestro Derecho desde la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964,¹ siguiendo la técnica de reserva de puestos de trabajo para funcionarios, si bien con algunas novedades destacables: a) en primer lugar, se aproximan los regímenes jurídicos del personal funcionario y laboral, englobándose ambos en el concepto más amplio de empleado público; b) en segundo lugar, se crea una categoría intermedia entre el empleado público y el privado, cual es la del empleado del sector público no estatutario al que se refiere la disposición adicional primera del EBEP; c) en tercer lugar, dentro del personal funcionario, se redefinen los supuestos de vínculo temporal, introduciendo la figura del “funcionario interino eventual”; d) en cuarto lugar, dentro del personal laboral, se crea la figura del personal laboral con vínculo indefinido, como categoría intermedia entre el fijo de plantilla y el temporal, y e) por último, se redefinen las demás categorías de empleado público, introduciéndose en la legislación básica la figura del personal directivo profesional, que, a su vez, delimita el ámbito de nombramiento del personal eventual.

El objeto de este estudio es el de analizar las clases de empleados públicos tras la entrada en vigor del EBEP, prestando especial atención a las novedades en su régimen jurídico.

Pueden realizarse dos clasificaciones distintas, según la naturaleza del vínculo o su duración.

Así, por la naturaleza del vínculo, se distingue entre el personal en régimen estatutario (v. gr. funcionarios de carrera y eventuales) y el personal en régimen laboral, pudiendo pertenecer a una u otra categoría el personal directivo profesional.² Por su parte, y en función de la duración del vínculo, puede distinguir-

se entre empleados públicos fijos y empleados públicos temporales, con la categoría intermedia del personal laboral con vínculo indefinido, que participa en mayor medida de las características del empleo público temporal.

Sin duda, la distinción más relevante es la que hace referencia a la duración del vínculo, en tanto que la distinción entre funcionarios y laborales viene a ser matizada parcialmente con la aproximación del régimen jurídico entre el personal funcionario y el laboral que se realiza en el EBEP y por el pronóstico de unificación de condiciones de trabajo entre funcionarios y laborales que probablemente se producirá en la aplicación de las prescripciones del EBEP.³

En este estudio seguiremos una sistemática que nos permita analizar las clases de empleados públicos desde este doble punto de vista, de tal manera que analizaremos en primer lugar la distinción entre empleados fijos y temporales, para posteriormente examinar los tipos de empleados públicos en función de la naturaleza del vínculo, analizando tanto los empleados públicos estatutarios y laborales como el régimen jurídico y problemática que presenta el personal eventual, deteniéndonos especialmente en las modificaciones introducidas por el EBEP en esta materia.

2. Empleados fijos y empleados temporales

La distinción más importante en el ámbito del empleo público es la que diferencia entre los empleados públicos fijos y los empleados públicos temporales, pues es conocido que las administraciones públicas presentan una alta tasa de empleo temporal, tanto en régimen estatutario como en régimen laboral.

Especialmente, en el sector público local, la dimensión de los empleados públicos temporales es muy amplia, habida cuenta de las peculiares característi-

1. 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. El sistema español seguido a partir de la Constitución se inspira 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.

2. El artículo 13 del EBEP contempla, con carácter general, el régimen estatutario para el personal directivo profesional, si bien el apartado 4 del artículo 13 establece que el régimen jurídico será el laboral cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral, estando sometido en este caso a la relación especial de alta dirección.

3. De hecho, parte de la regulación que realiza el EBEP es técnicamente cercana a la realizada en el Estatuto de los trabajadores para la relación laboral, fijándose legalmente unas condiciones mínimas, a partir de las cuales la negociación colectiva es la que concreta el régimen aplicable en su ámbito personal correspondiente (en este sentido, RUANO RODRÍGUEZ, M. “La negociación colectiva de las administraciones públicas, elemento clave de la transformación e igualación del empleo público”, en *La negociación colectiva en las administraciones públicas a propósito del Estatuto básico del empleado público*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, núm. 41, 2007, p. 110). Tal como indica ROQUETA BUJ, R. (“La Administración y el personal a su servicio”, en *La Administración pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000), los contornos de Derecho necesario en el régimen del personal funcionario y del laboral son similares.

cas de las entidades locales, las cuales conforman un mosaico poliédrico de difícil regulación en sede de una legislación como la vigente, que no contempla las diferentes facetas que se presentan en la realidad del sector público local.⁴

En principio, debe subrayarse que el empleo temporal es un instrumento necesario para el funcionamiento de cualquier empresa, como también lo es para las entidades que componen el sector público. Sin embargo, lo que presenta componentes patológicos es el recurso a la contratación temporal para invadir la zona reservada al empleo fijo, es decir, la contratación con vínculo temporal para satisfacer necesidades permanentes. Este componente patológico está implícitamente reconocido en las sucesivas previsiones legales que ponen en marcha procesos de consolidación de empleo temporal, como es el caso del proceso contemplado en la disposición transitoria cuarta del EBEP.

En este apartado, examinaremos los supuestos de temporalidad previstos en el EBEP, así como el proceso de consolidación de la disposición transitoria cuarta, dividiendo el estudio en cuatro apartados: 1) el empleo público temporal en el EBEP; 2) consolidación de empleo temporal; 3) los trabajadores con vínculo indefinido, y 4) los empleados públicos temporales.

2.1. El empleo público temporal en el EBEP

El EBEP sigue a grandes rasgos una línea continuista en relación con la legislación precedente en materia de empleo público temporal, si bien amplía significativamente el ámbito de contratación temporal en régimen estatutario, al incluir la figura del funcionario interino “por obra y eventual”, es decir, el funcionario interino contratado para ejecutar programas de carácter temporal [apartado c) del artículo 10.1 del EBEP] y el contratado por exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un

periodo máximo de doce meses [apartado d) del artículo 10.1 del EBEP].⁵

Por tanto, a los supuestos de interinidad ya conocidos en la legislación precedente se unen estos supuestos de funcionarios interinos temporales, que presentan similitudes en su configuración con algunos de los supuestos que habilitan a la contratación laboral temporal.

La previsión de ambas modalidades de contratación de funcionarios interinos era necesaria, puesto que los casos de sustitución o vacante no satisfacen todas las necesidades de contratación temporal en régimen estatutario. No obstante, la inclusión de estas modalidades permite también pronosticar alguna problemática de futuro, especialmente tomando como referencia la que ha generado el contrato de trabajo eventual, el más frecuente en la práctica y que se corresponde materialmente con el del funcionario eventual contemplado en el artículo 10.1.d) del EBEP.

Así, el contrato de trabajo eventual ha sido utilizado por las administraciones públicas con cierta frecuencia para responder a carencias estructurales o necesidades permanentes en la entidad contratante; sin embargo, el contrato temporal eventual es un contrato causal, es decir, que ha de responder a un efectivo exceso o acumulación de tareas, limitado a un periodo de tiempo determinado, tasado legalmente,⁶ de manera que si no se cumple la causa del contrato se produce un supuesto de incumplimiento que determina la transformación del vínculo en indefinido.⁷

En el caso de la contratación eventual de funcionarios interinos, el vínculo también se contempla como causal, si bien aquí se presenta una problemática en relación con cuáles serían las consecuencias del incumplimiento, es decir, qué efectos jurídicos podrían producirse si se utilizara la figura del funcionario eventual para satisfacer necesidades permanentes de la Administración contratante. Evidentemente, y a diferencia del caso del contratado eventual laboral, no

4. Estas peculiaridades fueron subrayadas en el informe de la comisión constituida para el estudio y preparación del EBEP (Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, p. 35 y ss.) que indicaba que la legislación estatal y autonómica no había tenido en cuenta la necesidad y singularidad de la Administración local, y que se había generado una inseguridad jurídica sobre la legislación aplicable.

5. El supuesto de contratación de interinos para programas de carácter temporal tiene algún antecedente en la legislación autonómica. No así el caso de los funcionarios interinos “eventuales”, supuesto éste de nuevo cuño y que se aplica desde la entrada en vigor del EBEP sin necesidad de desarrollo normativo; en relación con esta cuestión, pueden verse las instrucciones para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos, aprobadas por resolución de 21 de junio de 2007, de la Dirección General de Función Pública y de la Dirección

General de Cooperación Local del Ministerio de Administraciones Públicas, que recoge los criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración local.

6. Aquí hay que matizar que el contrato eventual puede modificarse en los dos periodos de referencia (seis meses y un año), pero sólo mediante convenios supraempresariales. En el ámbito del empleo público local, el Tribunal Supremo [STS, Sala Cuarta, 7 de octubre de 2004 (RJ 2005, 2167) y 1 de junio de 2005 (RJ 2005, 9663)] ha venido admitiendo que, a estos efectos, se aplique el convenio colectivo privado sectorial de referencia (v. gr. limpieza, construcción, oficinas y despachos, etc.).

7. Éste es uno de los supuestos de incumplimiento que ha llevado finalmente al legislador del EBEP a incluir al “personal laboral por tiempo indefinido” (artículo 11.1 del EBEP) como categoría diferenciada del personal fijo y del temporal.

podría producirse la transformación del vínculo, pero sí que se pueden generar conflictos a la hora de acordar el cese del funcionario irregularmente contratado por esta vía, en el caso que se le contratara para satisfacer necesidades permanentes de la Administración o cuando se incumpliera el periodo máximo de contratación [v. gr. seis meses como máximo en un periodo de doce meses; artículo 10.1.d) del EBEP].

Aquí debe subrayarse que el régimen de contratación temporal en régimen estatutario es más flexible que el laboral, sobre todo desde el punto de vista de las consecuencias del incumplimiento, de tal manera que, a diferencia del caso del contrato de trabajo temporal, no existe una norma legal que determine la transformación del vínculo en indefinido cuando se incumplen las normas en materia de contratación. No obstante, el incumplimiento en esta materia puede tener efectos jurídicos cuando la contratación es irregular, puesto que la interinidad es causal también en el caso de los funcionarios, de manera que el cese sólo se produce cuando desaparece la causa que dio lugar a su nombramiento (cfr. artículo 10.3 del EBEP).

En relación con el régimen jurídico de los funcionarios interinos, debe destacarse que el EBEP progresa en la equiparación entre el funcionario de carrera y el funcionario interino. En este punto, la innovación más importante del Estatuto básico se recoge en dos preceptos: a) el artículo 10.5, que dispone que “a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”, y b) el artículo 25, que establece una verdadera equiparación, desde el punto de vista retributivo, con los funcionarios de carrera, incluyendo la retribución por antigüedad, verdadero punto de diferenciación hasta el momento, cuando el apartado 2 dispone que “se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo”.

Respecto a los empleados temporales en régimen laboral, la novedad más importante es la de incluir la categoría de trabajador con vínculo indefinido, manteniéndose por lo demás la regulación anterior. El trabajador por tiempo indefinido es aquel que está unido por un vínculo temporal indeterminado, sin sujeción a término cierto. Es una categoría de personal que se establece de forma novedosa en la regulación del EBEP, como recepción de la doctrina jurisprudencial elaborada a propósito del incumplimiento en materia

de contratación laboral temporal por las administraciones públicas. La distinción entre personal fijo y personal con relación indefinida, pero no fijo, 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.

De los trazos genéricos apuntados se desprende que la regulación del EBEP ensancha el campo de aplicación del empleo público temporal, si bien, como contrapunto, vuelve a incluir la previsión de procesos de consolidación de empleo temporal como remedios legales para eliminar las tasas de temporalidad o, en algunos casos, solventar los incumplimientos producidos en estas materias.

2.2. El proceso de consolidación previsto en la disposición transitoria cuarta del EBEP

La promulgación de la nueva normativa sobre empleo público ha dado lugar a la puesta en marcha de otro proceso de consolidación de empleo público temporal, lo cual ha suscitado ya críticas por el hecho de que no existe una situación excepcional que justifique esta nueva previsión legal.⁸

Este proceso de consolidación de empleo temporal habilita a las administraciones públicas a efectuar convocatorias de consolidación de empleo siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) que se trate de puestos o plazas de carácter estructural y estén dotadas presupuestariamente, y 2) que dichos puestos o plazas se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

El proceso selectivo debe garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, debiendo cumplirse lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del EBEP, lo cual supone que las pruebas deben garantizar la libre

8. En sentido crítico, puede verse el estudio de FONDEVILA ANTOLÍN, J. “La disposición transitoria cuarta del EBEP o el último ataque a

los principios constitucionales reguladores del acceso al empleo público”, *Revista Justicia Administrativa*, 40, 2008, p. 51 a 68.

conurrencia y deben seguir el sistema de concurso-oposición, sin que la valoración de los méritos de los aspirantes pueda determinar por sí misma el resultado del proceso selectivo; en este sentido, la expresa remisión de la disposición transitoria cuarta del EBEP al contenido del apartado 1 del artículo 61 del EBEP excluye la posibilidad de que se convoquen pruebas restringidas para los empleados públicos temporales de cada Administración.⁹

Por tanto, en el proceso de consolidación previsto en la disposición transitoria cuarta del EBEP debe entenderse que los procedimientos selectivos deben garantizar la libre concurrencia, siguiendo el sistema de concurso-oposición, y que su singularidad radica en la especial configuración de los méritos, en el sentido que el apartado 3 habilita a que se valore el tiempo de servicios prestados en las administraciones públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

La interpretación de esta especial configuración de los méritos plantea si los méritos evaluables se refieren genéricamente a puestos de trabajo similares a los que son convocados, o bien se refiere a los concretos puestos de trabajo convocados, es decir, los puestos correspondientes a la Administración convocante. La cuestión es importante por la constatada tendencia de las administraciones públicas, singularmente las de reducidas dimensiones, de fijar bases favorecedoras de los propios aspirantes.¹⁰ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, entre otras, en la sentencia 281/1993, entendiendo que no está justificado, desde la perspectiva del principio de igualdad,

el primar desproporcionadamente el desempeño de un determinado puesto en una determinada Administración (la convocante); entendemos que esta doctrina es la que debe informar la interpretación del apartado 3 de la disposición transitoria cuarta del EBEP, por cuanto que este precepto debe ser examinado a la luz de los principios de acceso al empleo público, a los que expresamente se remite, para garantizar la libre concurrencia en las convocatorias en estos procesos de consolidación de empleo temporal.

En cualquier caso, los procesos selectivos han de contener necesariamente la fase de oposición, estando sujetos a las limitaciones establecidas en el artículo 61.3 del EBEP en cuanto a la proporcionalidad de la puntuación que puede otorgarse en la fase de concurso. Por otra parte, la fase de oposición debe garantizar la observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que significa que deben rechazarse el diseño de pruebas selectivas fácilmente superables por los aspirantes o la aplicación de criterios flexibles que permitan superar la oposición sin acreditar conocimientos suficientes en relación con el puesto convocado.¹¹

2.3. El personal laboral por tiempo indefinido

La figura del personal laboral por tiempo indefinido contemplada en el artículo 11.1 del EBEP acoge la interpretación de la jurisprudencia social en materia de incumplimiento de las administraciones públicas en la contratación laboral, fundamen-

9. FONDEVILA ANTOLÍN, en la obra citada *supra*, p. 61, pone como ejemplo la convocatoria de estas pruebas en un ayuntamiento, restringidas para sus empleados temporales, indicando que contraviene la disposición transitoria cuarta del EBEP y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el carácter excepcional de las pruebas restringidas (cfr. STC 27/1991, 151/1992 y 60/1994), siendo que en el caso del proceso de consolidación del EBEP no se dan las circunstancias excepcionales que marcaron otros procesos de consolidación de empleo temporal anteriores. Aquí debe subrayarse que en otros procesos concurrían circunstancias excepcionales que no se dan en el momento actual; así, en el caso de la Ley 30/1984, la desaparición de los contratos administrativos de colaboración; en el caso de los procesos de consolidación puestos en marcha en las administraciones autonómicas, la precariedad derivada del reciente nacimiento de dichas administraciones y de su expansión en un corto término; o en el caso de determinados sectores de actividad, como puede ser el sanitario, la elevadísima tasa de temporalidad y precariedad en el empleo público correspondiente a dicho sector (v. gr. Ley 16/2001). Ninguna de estas circunstancias excepcionales se dan en el momento actual, lo cual debe determinar una mayor rigidez a la hora de exigir el cumplimiento de los principios y normas comunes en el desarrollo del proceso selectivo.

10. En el ámbito del concurso-oposición, una patología relativamente reiterada es la de otorgar una puntuación mayor al aspiran-

te que ha prestado sus servicios en la Administración que convoca las plazas (*vid.* en este sentido la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 2008, JUR 2008, 303770, ponente D. Miguel Ángel Narváez). En ocasiones, dicha asignación se encubre con la adición de criterios valorativos que no están justificados, como en el caso analizado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de noviembre de 2003, dictada en recurso de apelación número 89/2003, donde un ayuntamiento establecía la puntuación de los servicios prestados en función del régimen de acceso a la plaza convocada (en el caso el aspirante del ayuntamiento era laboral, tratándose de un puesto que generalmente está incluido en otras administraciones como funcional) y al fijar la experiencia en función del número de habitantes del municipio y no de las funciones desarrolladas.

11. La reducción de la nota exigida para superar el proceso selectivo es una patología que también se ha planteado en la práctica. Tal como se desprende de la STS de 8 de junio de 2006 (RJ 2006, 3451, ponente D. José Díaz), estas decisiones han de observarse con cautela y, en cualquier caso, han de garantizar la igualdad entre todos los aspirantes. En el mismo sentido, la STS de 4 de abril de 2007 (RJ 2007, 4243, ponente D. Nicolás Maurandi) en relación con el establecimiento de criterios de puntuación en la fase de oposición que subordinan materialmente el acceso a la fase del concurso.

talmente temporal,¹² que distinguía entre el personal fijo, que es aquel que ha superado el procedimiento de selección reglamentario, y el personal indefinido, que se identifica con el trabajador a quien se ha reconocido un vínculo indefinido, por infracción esencial de las normas de contratación laboral, sin haber superado el correspondiente proceso selectivo.¹³

Desde el punto de vista de las modalidades de contratación laboral, el personal laboral por tiempo indefinido puede serlo de forma continua o discontinua, y a tiempo completo o a tiempo parcial. Así, aunque se había cuestionado la aplicación de la tesis del contrato laboral indefinido no fijo a los casos de trabajadores fijos discontinuos o a los contratados a tiempo parcial, finalmente los tribunales los vinieron incluyendo en dicha categoría de personal laboral por tiempo indefinido.¹⁴

La incorporación del personal por tiempo indefinido como categoría diferenciada de personal laboral cabe pensar que permitirá disipar algunas dudas que se habían planteado en relación con su régimen jurídico, por cuanto se abre la vía a que se negocien sus condiciones de trabajo concretas por los convenios colectivos,¹⁵ si bien existen aspectos claramente incom-

patibles con su naturaleza como son los relativos al derecho a la promoción profesional o su participación en los procesos de funcionarización.¹⁶

El EBEP clarifica la no-aplicación a este personal de la readmisión forzosa en el caso de despido disciplinario improcedente, por cuanto el artículo 96.2 del EBEP lo limita al caso de despido del personal laboral fijo.¹⁷

El reconocimiento legal del personal laboral indefinido como tipo de personal al servicio de la Administración pública no incide por lo demás en la obligación de la Administración de proveer regularmente la plaza, por cuanto en otro caso se produciría una situación fáctica de fijeza, incompatible con las normas legales sobre selección de personal fijo de las administraciones públicas.¹⁸

2.4. Los empleados públicos temporales

Al margen del personal eventual, al que se hará referencia específica en el último epígrafe (*infra* 4), el empleado público temporal puede tener vínculo estatutario o laboral.

La tipología de empleados públicos temporales con vínculo estatutario se agota en la enumeración

12. Los supuestos de incumplimiento que determinan la transformación del vínculo temporal en indefinido se produce fundamentalmente en el ámbito de la contratación laboral temporal, básicamente por las presunciones establecidas en los artículos 8.1 y 12, 11.2.k), y 15.2 y 3 del ET, si bien hay otros supuestos contemplados en la legislación laboral que transforman el vínculo en indefinido como es el caso de la cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 del ET o el de la subrogación del artículo 44 del ET.

13. Son numerosas las sentencias que aplican esta doctrina, en una línea evolutiva con diferentes oscilaciones. La tesis jurisprudencial quedó fijada a partir de las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, dictadas en la Sala General, de fecha 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 1000) y 21 de enero de 1998 (RJ 1998, 1138), en el sentido de distinguir entre el trabajador fijo de plantilla y el trabajador con vínculo indefinido, siendo este último el que es contratado por la Administración pública vulnerando una norma esencial, quedando ligado con un vínculo indefinido en el sentido que no está sometido directa ni indirectamente a plazo. Esta tesis, reiterada posteriormente en numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo y de los tribunales superiores de justicia, es la que se ha incorporado en el EBEP con el reconocimiento del personal laboral por tiempo indefinido. La doctrina interpretativa se resume en la STS de 3 de junio de 2004 (RJ 2004, 5386, ponente D. Gonzalo Moliner) en los siguientes términos:

“según la reiterada doctrina de esta sala mantenida a partir de la importante sentencia de la Sala General de 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 1000), la contratación irregular de trabajadores temporales no produce los efectos de la fijeza que conforme al artículo 15 del Estatuto de los trabajadores sería la consecuencia natural en una relación entre personas naturales o jurídicas privadas, sino que convierte la relación temporal en indefinida no fija caracterizada, como esta sala también señaló en su STS de 17 de enero de 2000 (RJ 2000, 921), porque, al no haberse adquirido tal

condición con arreglo a las exigencias constitucionales, ‘a los efectos del régimen jurídico de su duración y de su extinción, depende exclusivamente de lo establecido con carácter general en el Estatuto de los trabajadores y en sus disposiciones complementarias’, de conformidad con lo cual en STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 9893) se entendió que el cese de estos trabajadores, allí declarados ‘indefinidos temporales’ era posible hacerlo mediante cualquiera de las causas de extinción previstas en el artículo 49 del ET.”

14. En este sentido, puede verse la STS de la Sala Cuarta de 5 de julio de 1999 (RJ 1999, 6443).

15. La problemática más común en relación con el personal por tiempo indefinido se planteó en los aspectos que hacen referencia al mantenimiento del vínculo o estabilidad en el empleo; es el caso de las excedencias voluntarias o los aspectos vinculados a la promoción profesional.

16. El proceso de funcionarización previsto en la disposición transitoria segunda del EBEP está dirigido exclusivamente al “personal laboral fijo”, lo que excluye que los laborales indefinidos puedan tomar parte en los procesos convocados en dicha disposición transitoria. Mayores dudas presenta la posible aplicación del proceso de consolidación de empleo temporal previsto en la disposición transitoria cuarta a los trabajadores por tiempo indefinido, aunque nos decantamos por entender que sí podrían participar en dicho proceso de acuerdo a lo dispuesto en la citada disposición transitoria cuarta.

17. En esta misma línea se había venido pronunciando la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, pudiendo citarse la STS de 3 de junio de 2004 (RJ 2004, 5386), que indica que la Administración puede optar por la readmisión en la misma condición de indefinido o por la indemnización en el caso de despido.

18. En este sentido, STS, Sala Cuarta, de 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 1000) y de 20 de abril de 1998 (RJ 1998, 3725), entre otras.

que realiza el artículo 10 del EBEP, el cual ha incorporado una regulación más flexible de esta clase de personal. Concretamente, se han incluido de forma novedosa como supuestos habilitantes los de ejecución de programas de carácter temporal y los de exceso y acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, en un periodo de doce meses, los cuales tienen una analogía evidente con la contratación laboral temporal por obra y por eventualidad.¹⁹

Desde el punto de vista de la Administración contratante, el régimen jurídico del funcionario interino ofrece las ventajas derivadas de un régimen de mayor flexibilidad, donde las consecuencias del incumplimiento son menos rigurosas que en el caso del incumplimiento en sede de contratación laboral temporal; sin embargo, a la hora de seleccionar el personal interino, el artículo 10.2 del EBEP exige en todo caso la realización del correspondiente procedimiento selectivo, de manera que deben entenderse derogadas tácitamente, por incompatibles, aquellas normas que habilitaban a la Administración a la contratación directa de personal interino, generalmente en casos de urgencia.²⁰

Precisamente es en este punto de la selección de personal en donde existe mayor flexibilidad en el caso del personal laboral temporal, por cuanto no existe norma homóloga al artículo 10.2 del EBEP en cuanto a la preceptividad de seguir el procedimiento selectivo correspondiente, de manera que subsiste la posibilidad de contratación directa en los supuestos en que así esté autorizado normativamente. Por regla general, la autorización normativa a la contratación directa del personal laboral temporal se ciñe a los supuestos de urgencia, si bien dicha urgencia ha de ser real y efectiva, debiendo observarse en la medida de lo posible las garantías de publicidad y la igualdad de los aspirantes.²¹

19. Así lo destaca DE SANDE PEREZ-BEDMAR, M. ("El Estatuto básico del empleado público: Comentario al contenido en espera de su desarrollo", *Relaciones Laborales*, 18, 2007, p. 6), quien entiende que la medida provocará un trasvase de personal laboral temporal, por cuanto con el funcionario interino se obtienen ciertas ventajas económicas y un más favorable régimen jurídico, más flexible para la Administración.

20. Así se indica en la Instrucción para la aplicación de determinados aspectos de la Ley 7/2007 en el ámbito de la Administración de la Generalitat, aprobada por resolución del Departament de Governació, Secretaria de Funció Pública i Modernització de l'Administració, de fecha 6 de junio de 2007 (INSTGENCAT), que analiza la vigencia de la previsión establecida en el artículo 125.2 de la Ley de función pública catalana sobre el nombramiento directo y la necesidad de convocatoria de los funcionarios interinos. La INSTGENCAT analiza este supuesto concluyendo que es preceptivo en todo caso hacer pública la convocatoria, sin posibilidad de proceder al nombramiento directo sin ella, lo cual parece desprenderse de los términos absolutos con que está redactado el artículo 10.2 del EBEP.

La legislación laboral es la que determina la tipología de contratos temporales en el empleo público, puesto que el artículo 11 del EBEP se remite a las modalidades establecidas en las normas laborales,²² siendo la norma más destacada en esta materia el artículo 15 del Estatuto de los trabajadores, el cual contempla las modalidades de contrato de trabajo de duración determinada, que son el contrato de obra, el eventual y el de interinidad. Junto a estas modalidades de duración determinada, la Administración puede acudir a otras previstas en la legislación laboral como son los contratos formativos, los contratos a tiempo parcial y de relevo o el contrato de trabajadores fijos-discontinuos.

Uno de los contratos más utilizados por la Administración es el de obra o servicio determinado, respecto del cual, según la doctrina jurisprudencial, son necesarios los siguientes requisitos para proceder a la contratación regular de personal laboral: a) la obra o servicio que constituya su objeto debe ser de duración incierta y presentar autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa; b) al ser concertado el contrato, debe estar suficientemente identificada la obra o el servicio, y c) en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no normalmente en tareas distintas.²³

El incumplimiento en materia de contratación temporal se concreta fundamentalmente en los supuestos en que, en la ejecución del contrato, las funciones desarrolladas no se han atendido a la obra o servicio determinado que se fijó como objeto de aquél, sino que han consistido en la realización de actividades normales y permanentes de la Administración, lo cual determina que la relación laboral concertada haya de considerarse indefinida.²⁴

21. Así lo destaca la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de febrero de 2000 (RJCA 2000, 510, ponente D. Vicente Rouco), que indica que una situación de urgencia basada en deficiencias en la gestión del servicio con una cierta duración temporal no justifica que se prescinda del procedimiento selectivo, puesto que siempre existe la posibilidad de armonizar la agilidad y urgencia de la selección con un mínimo de garantía de publicidad y trato igualitario de los aspirantes.

22. La única especialidad que recoge el artículo 11 del EBEP es la necesidad de la forma escrita del contrato de trabajo concertado con las administraciones públicas.

23. STS, Sala Cuarta, de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9139), 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9864) y 19 de enero de 1999 (RJ 1999, 810), entre otras.

24. Entre otras, STS, Sala Cuarta, de 3 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1152) y 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7534); STSJ de Asturias de 29 de septiembre de 2006 (AS 2007, 1365).

Pero el contrato temporal más utilizado es el denominado contrato eventual que desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los trabajadores, el cual establece que “el contrato eventual por circunstancias de la producción tendrá el siguiente régimen jurídico: a) El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo; b) La duración máxima de este contrato será de seis meses dentro de un período de doce meses”.

De acuerdo con el precepto, debe constar en el contrato, con precisión y claridad, la causa que lo justifique, habiendo interpretado la jurisprudencia que dicha causa ha de concretarse suficientemente en el contrato de trabajo. No obstante, se ha entendido como circunstancia que justifica el recurso a la contratación temporal la existencia de un déficit de personal o de un número elevado de vacantes que hacen necesario el recurso a la contratación laboral temporal.²⁵ En estos casos de déficit de personal en los que el trabajo sobrepasa la capacidad de los empleados disponibles, las administraciones pueden acudir a los contratos de trabajo eventuales para remediar, en la medida de lo posible, esa situación; en consecuencia, se viene entendiendo que es idóneo para proveer necesidades y tareas habituales en la Administración cuando, por circunstancias diversas, experimentan un incremento de actividad, para cuya cobertura es necesaria una fuerza de trabajo superior a la habitual.

Ello no significa dejar vacío de contenido el contrato de interinidad, puesto que ha de darse una situación excepcional. En los casos en que no se produce dicha situación excepcional, ante la falta o déficit de personal por la existencia de vacantes, debe acudirse al cauce de la contratación interina.²⁶

3. Empleados públicos estatutarios y laborales

El artículo 8 del EBEP recoge la clasificación básica de los empleados públicos, siguiendo un criterio mixto que combina la naturaleza del vínculo con el

de la duración, distinguiéndose así cuatro categorías: a) funcionarios de carrera; b) funcionarios interinos; c) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y d) personal eventual.

Junto a estas categorías de personal, el artículo 13 del EBEP contempla al personal directivo profesional, como un tipo de empleado público con un régimen jurídico específico, de acuerdo con la regulación que realice el Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, si bien dicho régimen jurídico está preestablecido cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral, en cuyo caso está sometido al régimen jurídico de la relación laboral especial de alta dirección.

En este apartado, distinguiremos las clases de empleados públicos en función de la naturaleza del vínculo.

3.1. Funcionarios y laborales

Una de las innovaciones más importantes del EBEP en la regulación del personal laboral fijo ha sido la de aproximar su régimen jurídico al del funcionario de carrera, de manera que existe ya un cierto consenso en la doctrina de calificar esta relación laboral como relación laboral especial.

En el sistema español de empleo público seguido a partir de la Constitución, la regla general de la relación de servicio con la Administración pública es el régimen funcional, 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 EBEP, que regula de forma unitaria algunos aspectos destacados del régimen jurídico del personal funcionario de carrera y del personal laboral.²⁷

25. En este sentido, STS, Sala Cuarta, de 16 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9700) y 13 de febrero de 2006 (RJ 2006, 4423).

26. *Vid.* en este sentido la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de febrero de 2007 (AS 2007, 1463), que indica que es una conducta irregular la cobertura de plazas vacantes permanentes con contratos temporales, dando rotación a los contratos de la bolsa, añadiendo que la existencia de vacantes debe cubrir las la Administración pública mediante los contratos de interinidad y no a través de contratos eventuales, salvo que, en su condición de empleadora, se encuentre en circunstancias excepcionales de déficit de plantilla que suponga una acumulación de tareas coyuntural.

27. 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. De especial relevancia es el reforzamiento del derecho a la inamovilidad que supone la derogación de la opción empresarial por la indemnización en el caso de despido disciplinario improcedente (artículo 96.2 del EBEP), recibiendo en este punto la interpretación jurisprudencial que se había venido sosteniendo bajo la vigencia de la legislación precedente.

A la hora de examinar la evolución del empleo público laboral en las administraciones públicas, observamos que la inicial tendencia expansiva en la práctica de las administraciones hacia este tipo de contratación se vio limitada sustancialmente por la restricción que se derivó del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia 99/1987, que daría lugar posteriormente a la reforma de la Ley básica de función pública en el año 1988.²⁸ Esta reforma determinó un ámbito funcional de reserva de puestos para el personal funcionario, la cual se mantiene en la nueva regulación del EBEP.

De acuerdo con esta 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).

En comparación con la regulación anterior en las administraciones locales, 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 de 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.

28. La STC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99), 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. La argumentación del Tribunal Constitucional, reproducida en posteriores sentencias como la 37/2002, de 14 de febrero (RTC 2002, 37), parte 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

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, lo cual actualmente se recoge en los preceptos de la legislación estatal y autonómica que establecen, en forma de lista cerrada, los puestos que pueden ser ocupados por personal laboral.

La determinación de los puestos de trabajo que deben ser desempeñados por personal laboral se realiza en el instrumento organizativo correspondiente, es decir, la relación de puestos de trabajo o la plantilla.

La transición entre una práctica administrativa expansiva de contratación de personal en régimen laboral y la reserva de puestos de trabajo al personal funcionario ha generado un periodo transitorio de incumplimiento, en el cual siguen figurando como puestos laborales algunos que tienen un contenido funcional que está reservado a los funcionarios de carrera.

El remedio legal a dicha situación de incumplimiento ha sido el de poner en marcha procesos de funcionarización, es decir, convocatorias *ad hoc* para transformar los puestos de trabajo ocupados por personal laboral en puestos de funcionario, con la finalidad implícita de mantener a los laborales en sus mismos puestos de trabajo.

Junto a este proceso de funcionarización, analizaremos la incidencia del EBEP en la regulación del funcionario de carrera y del personal laboral fijo.

3.2. El proceso de funcionarización de la disposición transitoria segunda del EBEP

La situación fáctica de incumplimiento en materia de reserva de puestos a funcionarios públicos ha determinado una sucesión de procesos selectivos para transformar el empleo laboral en estatutario, que se han venido contemplando uniformemente en toda la legislación de función pública, tanto estatal como autonómica.

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 normación 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.

El EBEP contempla nuevamente un proceso de funcionarización en la disposición transitoria segunda, si bien intenta poner fin a dicha situación de incumplimiento fijando como límite temporal, y a modo de cláusula de cierre, el de la entrada en vigor del EBEP para que el personal laboral fijo pueda seguir desempeñando sus funciones en puestos de trabajo correspondientes a funcionarios públicos, ya sea porque materialmente estaba desempeñando estas funciones, ya sea porque se pasa a desempeñarlas en virtud de procesos selectivos convocados antes de la entrada en vigor del EBEP. Esta prescripción impide que, a partir de la entrada en vigor del EBEP, pueda contratarse a personal laboral fijo para desempeñar puestos cuyo contenido funcional esté reservado a funcionarios, aunque los puestos de trabajo figuren en la relación, catálogo o plantilla como laborales.

Precisamente esta cuestión ha generado una amplia conflictividad en sede judicial, por cuanto la situación anterior ha venido determinando que se hayan mantenido catalogados los puestos de laborales cuando debían ser ocupados por funcionarios públicos. La respuesta de los tribunales ha sido distinta, en función de los procesos de funcionarización previstos a nivel legal.

Así, en el ámbito de la Administración local, se ha interpretado que el proceso de funcionarización implica que las plazas se clasifiquen en las relaciones de puestos de trabajo de acuerdo con su naturaleza, por lo que se entiende que la catalogación de plazas reservadas a funcionarios como laborales determina la nulidad de la relación de puestos de trabajo.²⁹

Sin embargo, en los casos en que el proceso de funcionarización exige una previa labor de selección y catalogación de los puestos, se ha entendido que pueden mantenerse transitoriamente los puestos catalogados como laborales en la relación de puestos de trabajo.

En todo caso, la previsión de un proceso de funcionarización no puede servir para mutar la naturaleza del vínculo de aquellos puestos que pueden ser desempeñados por personal laboral de acuerdo con la legislación vigente.³⁰

La disposición transitoria segunda del EBEP contempla un nuevo proceso de funcionarización para el

caso que se cumplan los siguientes requisitos: a) que se trate de personal laboral fijo, lo cual excluye al personal laboral por tiempo indefinido; b) que este personal desempeñe funciones de personal funcionario o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de la entrada en vigor del EBEP, y c) que supere el proceso selectivo convocado a tal fin, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos para el desempeño del puesto funcional.

La disposición transitoria segunda del EBEP establece que el proceso selectivo debe seguir el sistema de concurso-oposición, y el acceso se realiza por la vía de promoción interna, lo cual no supone necesariamente que las pruebas selectivas sean restringidas a los laborales, pues lógicamente pueden concurrir a las mismas los funcionarios de carrera que pretendan promocionarse profesionalmente.

La especialidad en orden a los procesos selectivos dirigidos al personal laboral fijo radica en dos puestos que afectan, respectivamente, a la fase de concurso y a la de oposición: a) en cuanto a la fase de concurso, se establece expresamente que se valorará como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo, y b) en cuanto a la fase de oposición, pueden valorarse las pruebas selectivas que ya superó el personal laboral fijo para acceder a dicha condición.

Estas especialidades se corresponden con las previstas para el caso de funcionarios de carrera que pretendan concurrir a las pruebas de promoción interna de promoción horizontal, dándose así un trato análogo al supuesto de funcionarización de los laborales fijos; así, el artículo 22.2 de la Ley 30/1984 contempla expresamente el supuesto de exención de pruebas selectivas ya superadas en el cuerpo y escala de origen cuando se trata de acceder a cuerpos y escalas del mismo grupo con contenido funcional idéntico.

3.3. El funcionario de carrera en el EBEP

Las novedades más destacadas en relación con la tipificación de los funcionarios de carrera en el EBEP son dos: a) por una parte, y en relación con el personal estatutario de los servicios de salud, se

29. Puede citarse la STS de 2 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 65, ponente Sr. González Rivas), que anula parcialmente la relación de puestos de trabajo por catalogarse dos plazas de administrativos como laborales con fundamento en que el artículo 169 del TRLRL establece que las tareas propias de administrativos y auxiliares han de ser desempeñadas por funcionarios públicos.

30. La STS de 1 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7925, ponente D. Nicolás Maurandi) así lo indica en relación con determinados puestos de personal de oficios, con encaje en las excepciones para per-

sonal laboral previstas en el apartado c) del artículo 15 de la Ley 30/1984, que se incluyeron en un proceso de funcionarización. La citada sentencia indica que una cosa es la libertad que pueda ser reconocida a una administración para que, en uso de su potestad autoorganizativa, utilice o no la posibilidad de puestos laborales que como excepción la Ley permite, pero otra muy diferente es que efectúe esta misma opción voluntaria para facilitar a determinado personal una vía restringida de acceso a la función pública que, por no ser necesaria, no podrá considerarse justificada.

aproxima singularmente su régimen jurídico al de los funcionarios de carrera, de manera que en la configuración del EBEP el personal estatutario es un funcionario de carrera con vínculo especial, y b) por otra parte, en el ámbito de la Administración local, se incide en el estatuto de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, cuyo régimen jurídico ya se vio modificado con la promulgación de la Ley de modernización del gobierno local, y que finalmente ha sido modificado sustancialmente en la disposición adicional segunda del EBEP.

Centrándonos en los funcionarios locales, debe indicarse que esta clase de funcionarios públicos locales tiene una amplia tradición en nuestro Derecho, en tanto que son una categoría de funcionarios que permiten asegurar una función pública local competente desde el punto de vista técnico o profesional y neutra o independiente del poder político que la dirige y ordena, especialmente cercano e inmediato en el ámbito de las entidades locales. La técnica consiste en la reserva de las funciones públicas más relevantes para el funcionamiento de las entidades locales a este cuerpo de funcionarios, que son seleccionados por otra administración de mayor dimensión y que gozan de garantías reforzadas de inamovilidad, de lo que resulta un modelo legal que garantiza la observancia de los principios de mérito, capacidad y neutralidad de los funcionarios.³¹

La evolución normativa de los funcionarios con habilitación estatal responde fundamentalmente a dos cuestiones: a) por una parte, la adaptación del modelo de función pública al modelo territorial de Estado que se diseña en la Constitución española de 1978, y b) por otra parte, la aplicación de técnicas organizativas comunes a la función pública general en materia de provisión de puestos de trabajo.

De ambos factores se explica el actual régimen normativo de los funcionarios con habilitación estatal. Así, por una parte, y como culminación de la adaptación del modelo a la organización territorial del Estado, la disposición adicional segunda del EBEP configura a los funcionarios con habilitación de carácter estatal como funcionarios autonómicos, en tanto que las comunidades autónomas ostentan la

competencia en materia de selección y nombramiento de estos funcionarios, así como en relación con comisiones de servicio, acumulaciones, nombramiento de personal interino y accidental, y régimen disciplinario. Asimismo, ostentan competencias compartidas con las entidades locales en la resolución de los concursos para la provisión de puestos de trabajo. Por otra parte, la aplicación de técnicas organizativas de la función pública general al caso de esta clase de funcionarios ha determinado que determinados puestos de mayor responsabilidad puedan ser cubiertos mediante el sistema de libre designación; así, la disposición adicional segunda, apartado 5.2, del EBEP, sucediendo a la regulación del artículo 99.2 de la LBRBL, establece que, excepcionalmente, para los municipios de gran población previstos en el artículo 121 de la Ley 7/1985, así como para las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, podrán cubrirse por el sistema de libre designación, entre funcionarios de habilitación de carácter estatal de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reservados que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo en los términos previstos en la legislación sobre la función pública.³²

La conjunción de ambas modificaciones supone un modelo distinto de funcionarios de habilitación de carácter estatal, el cual se ve influenciado también de forma sustancial por la introducción de nuevo cuño de personal llamado a desempeñar las más altas funciones de gestión en el ámbito local, como es el caso del personal directivo.

Por este motivo, Sosa Wagner³³ y Martínez Marín³⁴ critican el nuevo modelo por la discrecionalidad que se implanta en la provisión por libre designación,³⁵ además del vaciamiento de competencias en relación con dichos funcionarios que se ha producido en el ámbito de las grandes poblaciones.

3.4. El personal laboral fijo en el EBEP

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 régi-

31. En este sentido, SOSA WAGNER, F. "Caciquismo, funcionarios locales. Libro blanco", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 668, 2005, p. 3.

32. La necesidad de desarrollo legislativo ha determinado que transitoriamente siga en vigor la normativa estatal vigente hasta tanto se aprueben las normas de desarrollo (disposición transitoria séptima del EBEP).

33. SOSA WAGNER, F. "Caciquismo, funcionarios locales. Libro blanco", *op. cit.*, 2005, p. 3.

34. MARTÍNEZ MARÍN, A. "La reforma de 2003 de los funcionarios locales con habilitación estatal", en *El Derecho Administrativo en el*

umbral del siglo XXI: homenaje al profesor D. Ramón Martín Mateo, 2003, p. 675.

35. La constitucionalidad del sistema de provisión de puestos por libre designación en el caso de habilitados de carácter nacional fue examinada en la STC 235/2000, de 5 de octubre (RTC 2000, 235), que desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la modificación de la LRBRL operada por la Ley de presupuestos para el año 1992, que introdujo este sistema.

men 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.

Desde el punto de vista aplicativo, cabe pronosticar que una mayor aproximación de los regímenes jurídicos como consecuencia de la existencia de estas bases comunes y del papel que la negociación colectiva puede jugar como instrumento de unificación de condiciones de trabajo.³⁶

En cuanto al ámbito subjetivo del personal laboral que puede considerarse como “empleado público”, está delimitado en el artículo 2 del EBEP, incluyéndose al personal laboral al servicio de las administraciones de las entidades locales, así como al de sus organismos públicos, agencias y demás entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de ellas. Por tanto, son empleados públicos los trabajadores al servicio de estos entes públicos, incluyendo las sociedades creadas para el ejercicio de funciones típicamente administrativas, en tanto que están excluidos, por exigencias comunitarias, el personal al servicio del denominado sector empresarial público, es decir, de las sociedades mercantiles creadas o dependientes de las administraciones públicas.³⁷

En la práctica, los supuestos de catalogación patológica de puestos de trabajo como laborales, es decir, la inclusión en las relaciones de puestos de trabajo o

plantilla de puestos de personal laboral fijo cuando las funciones están reservadas a funcionarios públicos, tienen en ocasiones como finalidad última la de eludir los sistemas selectivos propios de los funcionarios públicos, para utilizar concretamente el sistema de concurso de méritos, donde la discrecionalidad en la selección es mucho más amplia, especialmente por la potestad de predeterminar los méritos relevantes en las bases de la convocatoria.³⁸

El tema de la selección es una cuestión de gran relevancia en la práctica, y en este punto el EBEP ha mantenido la diferenciación de procedimientos entre el personal funcionario y el laboral. 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. Así, 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 jerarquizados legalmente, a diferencia de lo que sucede en el caso de los funcionarios públicos en el apartado 6 del mismo artículo 61 del EBEP.³⁹

36. El EBEP refuerza la negociación colectiva como instrumento de concreción de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, a la vez que puede servir de nexo para homogeneizar las condiciones del personal funcionario y del laboral. Así, dentro de los preceptos de aplicación a la negociación colectiva de los empleados públicos, destaca la previsión de órganos comunes en la estructura negocial que tienen como finalidad fijar las condiciones de trabajo básicas de todos los empleados públicos. En el ámbito de 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. Como indica SALA FRANCO, T. (*Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 128), no tiene sentido mantener regímenes jurídicos diferentes en algunas condiciones de trabajo como puede ser la jornada, dado que el régimen bifronte ocasiona serios problemas organizativos.

De ahí la tendencia en la práctica negocial a unificar gran parte de las condiciones de trabajo de ambos tipos de personal. Estas mesas comunes han sido valoradas positivamente por diversos autores (LAHERA FORTÉZA, J. “Las mesas de negociación colectiva de los funcionarios en el Estatuto básico del empleado público”, *Relaciones Laborales*, 18, 2007, p. 3) por responder a la creciente demanda de negociación conjunta de las materias comunes a los empleados públicos, con independencia del régimen jurídico al que se hallen sujetos.

37. MOLINA NAVARRETE, C. “Aspectos laborales del Estatuto básico del empleado público: De la convergencia a la unificación parcial de estatutos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 53, 2007, p. 129.

38. Existen numerosos ejemplos que pueden ilustrar el supuesto de hecho de convocatorias de concurso *ad personam*, pudiendo citarse la STSJ de Galicia de 24 de mayo de 2006 (JUR 2006, 187717, ponente D^a M^a Dolores Galindo) o la STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2005 (Recurso 1639/2000).

39. Al no jerarquizarse los sistemas selectivos en el caso del personal laboral siguen vigentes las normas actuales que priman el concurso de valoración de méritos como sistema selectivo principal. Así, por ejemplo, en el ámbito de la legislación local catalana el sistema normal de selección es el concurso de méritos, y en este sentido se establece en el artículo 91 del Decreto 214/1990; 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.

Por tanto, el EBEP no incide sobre la ordenación de los sistemas selectivos en el personal laboral fijo, 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,⁴⁰ y así en el caso del artículo 4 del Real decreto 896/1991, de 7 de junio, o 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.

Es controvertido si la nueva redacción del EBEP supone la derogación de estas normas reglamentarias, apuntándose que la interpretación literal del precepto (v. gr. “personal”) supone que no están incluidos en la prohibición los alcaldes y concejales, quienes tampoco entran en el ámbito de aplicación del EBEP;⁴¹ incluso, en el caso de los municipios de gran población, existe una habilitación legal para que formen parte de los tribunales de oposiciones, puesto que el artículo 127.h) de la LRBRL, al regular las atribuciones de la Junta de Gobierno Local, regula la composición de los tribunales de oposiciones, estableciendo que su presidente podrá ser nombrado entre los miembros de la corporación o entre el personal al servicio de las administraciones públicas.

En principio, parece que las normas reglamentarias han quedado derogadas implícitamente por alcanzarles la prohibición contenida en el artículo 60.2 del EBEP en relación con la composición de los órganos de selección, si bien el precepto, con defectuosa técnica, se refiere al “personal” de elección o de designación política; no obstante, cabe interpretar que

estarían comprendidos los alcaldes y concejales, si ponemos el precepto en relación con el artículo 55.2.c) del EBEP, el cual establece, como principio rector, la profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, y teniendo en cuenta que el ámbito subjetivo de las personas que son elegidas o designadas políticamente coincide con el de los miembros de la corporación. Por este mismo argumento, cabría concluir que se ha producido una derogación tácita del artículo 127.h) de la LRBRL, en tanto que se contradice lo dispuesto en el EBEP.⁴²

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.

Finalmente, 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).

4. El personal eventual

El artículo 12 del EBEP, en la línea de la legislación precedente, define al personal eventual como aquel

40. SÁNCHEZ MORÓN, M. (*Comentarios a la Ley del estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 407) explica la génesis y finalidad del apartado 2 del artículo 60 del EBEP, relacionando la exclusión del personal de elección o designación política de la composición de los órganos de selección, con la anomalía histórica que suponía su inclusión, sancionada a nivel normativo en las normas reguladoras de la Administración local, citando concretamente el artículo 4 del Real decreto 896/1991, de 7 de junio, que preveía expresamente que la presidencia del órgano de selección la ostentara el presidente de la corporación local o miembro de la misma en quien delegue. El citado autor concluye que esta norma y cualquiera otra similar han quedado derogadas implícitamente por el EBEP.

41. En este sentido, D'ANJOU ANDRÉS, G., “Análisis de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del EBEP y su repercusión en el régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, La Ley, 14, agosto de 2007, p. 8.

42. En este punto, debe citarse la Instrucción de la Dirección General de Función Pública y de la Dirección General de Cooperación Local del Ministerio de Administraciones Públicas, que recoge los criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración local, la cual precisa la aplicación del artículo 60.2 del EBEP a los procesos selectivos que se convoquen a partir de la entrada en vigor del EBEP, indicando que debe entenderse por “personal de elección política” los cargos públicos representativos locales como son alcaldes, concejales, presidentes de Diputación, diputados provinciales, etc. Esta instrucción, en línea con lo que había venido indicando la doctrina, concluye que está implícitamente derogado el artículo 4.f) del Real decreto 896/1991 en cuanto a la composición de los tribunales convocados por la Administración local. Según esta instrucción, no están excluidos de la composición de los tribunales los funcionarios que ocupen puestos de libre designación.

que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados a este fin.

La figura del personal eventual fue introducida en nuestro Derecho por la Ley de bases de funcionarios civiles del Estado de 1963⁴³ y, a escala local, por el Real decreto 3046/1977, de 6 de octubre,⁴⁴ en una coyuntura determinada, lo que explica que alcance un amplio margen de aplicación,⁴⁵ puesto que el personal eventual puede ser nombrado en el ámbito de cualquiera de las administraciones territoriales. Incluso, y desnaturalizando su configuración, el artículo 176.2 del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local (Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril) permite el desempeño de puestos de carácter directivo por personal eventual en el ámbito de las corporaciones locales.

Precisamente, un primer punto de conflicto se plantea en relación con la posible vigencia del citado artículo 176.2 tras la entrada en vigor del EBEP, radican-do la cuestión en determinar si el citado precepto debe considerarse derogado tácitamente por el EBEP.

Un primer argumento a favor de esta postura es que el artículo 12.1 del EBEP restringe expresamente el ámbito de nombramiento del personal eventual al contemplar expresamente que el personal eventual sólo puede desempeñar servicios con “carácter no perma-

nente”;⁴⁶ ello supone la incompatibilidad sobrevenida del artículo 176.2 del Real decreto 781/1986, en el sentido que el desempeño de puestos de carácter directivo en las corporaciones locales supone la prestación de servicios con carácter permanente, puesto que es indudable que el directivo atiende a funciones permanentes de la Administración, de manera que es un primer argumento para entender derogado tácitamente el citado artículo 176.2.

Otro argumento es expuesto por Sánchez Morón,⁴⁷ quien indica que, desde la entrada en vigor del EBEP, el personal eventual se distingue del personal directivo que regula el artículo 13 del EBEP, de forma que el personal eventual no puede desempeñar ya funciones directivas ni de gestión, sino sólo de confianza o asesoramiento especial de los órganos de gobierno, y esto en todas las administraciones públicas, incluida la Administración local, concluyendo el citado autor que el artículo 176.2 del Texto refundido de la Ley de régimen local ha sido derogado tácitamente por el EBEP.

En el fondo subyace la problemática que presenta en la actualidad el personal eventual, cual es, por una parte, la de su progresiva expansión y excesivo número,⁴⁸ y, por otra parte, la existencia de unas líneas patológicas en su nombramiento, como es el caso de desempeño de funciones directivas que deberían ser realizadas por funcionarios públicos o prestación de servicios de carácter permanente, o bien el recur-

43. El artículo 3 del Texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado distingue entre funcionarios de carrera y de empleo, y respecto de estos últimos, entre eventuales e interinos. Anteriormente, en el Reglamento de funcionarios de la Administración local de 1952, el artículo 147 contemplaba una figura asimilable al eventual de confianza cuando regulaba el secretario particular de la presidencia, que era designado en las corporaciones locales de capitales de provincia o de poblaciones con censo superior a 15.000 habitantes.

44. En el citado Real decreto legislativo de 1977 se distinguía entre funcionarios de empleo eventuales y los directores de servicio, como funcionarios eventuales de carácter directivo (artículos 24.3, 105 y 106). Los eventuales para ocupar puestos directivos serían posteriormente incluidos en el artículo 176.2 del Texto refundido de la Ley de régimen local.

45. La contratación de personal por criterios políticos para el ejercicio de funciones de confianza o asesoramiento ligadas a la autoridad política que los nombra está contemplado asimismo en otros sistemas comparados de empleo público, si bien con un ámbito más restringido. Es el caso de los miembros de los gabinetes ministeriales en el Derecho francés, que son contratos por los ministros mediante los “contratos de gabinete”, los cuales caducan en caso del cese del ministro que les contrató. La naturaleza del vínculo es similar a la del personal eventual en Derecho español, puesto que, como indica AUBY (*Droit de la fonction publique*, Dalloz, París, 5a ed., 2005, p. 456-457), los miembros de los gabinetes ministeriales son empleados públicos, pero no funcionarios, estando previsto en el Derecho francés que el pase a

una situación administrativa similar a la de servicios especiales del funcionario que es nombrado miembro de un gabinete ministerial.

46. Esta limitación legal expresa no se recogía en el precedente artículo 20.2 de la Ley 30/1984, donde no se hacía referencia al carácter no permanente del personal eventual, si bien la jurisprudencia había venido interpretando que el personal eventual no podía desempeñar servicios de carácter permanente, por estar reservados a los funcionarios públicos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.1.f) de la Ley 30/1984 [vid. entre otras, STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9587), 9 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1049) y 2 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5919)].

47. SÁNCHEZ MORÓN, M. (“Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público” (dir. Sánchez Morón, M.), Lex Nova, 2007, p. 101.

48. Como indica SÁNCHEZ MORÓN, M. (“Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público”, *op. cit.*, 2007, p. 102), el informe de los expertos previo a la elaboración del EBEP llamaba la atención sobre el incremento constante de este personal, especialmente en el ámbito autonómico y el local. Acudiendo a datos estadísticos, en el estudio realizado en el ámbito de las administraciones públicas catalanas (autonómica y locales) en el *Libro blanco de la función pública catalana* referido al año 2005 se cuantificaban en 1.012 los eventuales que prestaban sus servicios en la Administración de la Generalitat (189) y administraciones locales de Cataluña (823), número sin duda muy elevado, al cual habría que añadir los eventuales que se incluyen como personal directivo en la misma estadística (se incluían 451 directivos en la Generalitat y 456 en la Administración local).

so a la contratación de personal eventual para cubrir carencias de personal en determinadas áreas.

Analizaremos a continuación los aspectos más relevantes en relación con la determinación de los puestos de personal eventual y al estatuto jurídico de este tipo de empleados públicos.

4.1. La catalogación de puestos de trabajo del personal eventual

La determinación de los puestos que pueden ser desempeñados por personal eventual se atribuía por el artículo 20.2 de la Ley 30/1984 al Gobierno, a los consejos de gobierno de las comunidades autónomas y al Pleno de las corporaciones locales. Concretamente, en el ámbito de la Administración local, el artículo 104 de la LBRL establece que el número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada corporación al comienzo de su mandato.⁴⁹

El artículo 12 del EBEP incide en la anterior regulación al habilitar al legislador de desarrollo para que determine qué órganos de gobierno pueden disponer de personal eventual. Por tanto, en el ámbito de la Administración local, será la normativa de cada comunidad autónoma la que debe delimitar los órganos de gobierno que pueden disponer de personal eventual, debiendo entenderse que los órganos de referencia en este momento son el alcalde y determinados concejales con responsabilidades de gobierno, el presidente de la Diputación y determinados diputados, así como los órganos de gobierno de las comarcas, en las comunidades autónomas donde están contempladas como Administración territorial.⁵⁰

En orden a la determinación de los puestos que pueden ser desempeñados por personal eventual, se plantea, en primer lugar, cuál es el instrumento en el cual debe materializarse la creación, modificación y supresión de puestos de trabajo de personal eventual, y, en segundo lugar, los requisitos y límites para la catalogación de puestos de trabajo ocupados por personal eventual.

La primera cuestión que se plantea en orden a la creación, modificación y supresión de puestos de trabajo de personal eventual es la de si los mismos han de figurar en la relación de puestos de trabajo.

En el ámbito de la Administración del Estado, el artículo 15.1.a) de la Ley 30/1984 contempla la necesidad de que en las relaciones de puestos de trabajo figuren el número y las características de los puestos que puedan ser ocupados por personal eventual. Por su parte, el artículo 16 de la Ley 30/1984 no traslada idénticos requisitos a las relaciones de puestos de trabajo de las comunidades autónomas y de la Administración local, lo cual ha dado lugar a conflictos, especialmente en el ámbito de la Administración local, en relación con si los puestos de personal eventual debían constar o no en la relación de puestos de trabajo, especialmente porque el artículo 126.1 de la LBRL sólo contempla la necesidad de que consten en las plantillas.

En sede de legislación autonómica, algunas leyes de función pública contemplan expresamente la necesidad de que los puestos de trabajo de personal eventual se incluyan en las relaciones de puestos de trabajo, en cuyo caso es indudable que la creación, modificación o supresión de los puestos requiere de la correspondiente modificación de la RPT.

En el ámbito de la Administración local, de no existir previsión expresa, se ha venido considerando que no es necesario que tales puestos se incluyan en la relación de puestos de trabajo, siendo suficiente que los mismos consten en la plantilla, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 126.1 de la LBRL, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 104 de la LBRL.⁵¹

En el caso de que los puestos de personal eventual estén incluidos en la relación de puestos de trabajo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene declarando que no es necesaria la negociación colectiva ni la consulta a organizaciones sindicales, cuando la modificación se inserta dentro de lo que es propiamente la organización de servicios,⁵² supuesto este en el que cabría incluir la determinación inicial de los

49. En el ámbito de la Administración local, conforme al artículo 104 de la LBRL el momento para la creación de plazas de personal eventual es al comienzo del mandato de la corporación o, en otro caso, con motivo de la aprobación del presupuesto anual. *Vid.* en este sentido las STS de 9 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1049) y 2 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5919).

50. EMBID IRUJO, A. "Incidencia del Estatuto básico del empleado público en la normativa de las comunidades autónomas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137, 2008, p. 15 y 16.

51. *Vid.* en este sentido la STSJ de Valencia de 5 de junio de 2004 (JUR 2004, 32516), si bien hay que matizar que en el caso de la legislación autonómica valenciana no se prevé que el personal eventual figure en las relaciones de puestos de trabajo, a diferencia de otras

legislaciones autonómicas que sí establecen preceptivamente tal inclusión.

52. *Vid.* las STS de 7 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2275 y RJ 2008, 2273), 28 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2368) y 25 de abril de 2008 (RJ 2008, 2622), entre otras. La doctrina interpretativa sobre la necesidad de negociación o consulta en el caso de modificación de relaciones de puestos de trabajo se recoge en la STS de 22 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2373), citada en las anteriores sentencias y que, a su vez, cita las STS de 4 de febrero de 2004 (RJ 2004, 686) y 11 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4663), en los términos siguientes:

"esta sala ha delimitado el significado y alcance de lo dispuesto en este artículo 34 en relación con el artículo 32, ambos de la Ley 9/1987, señalando que la necesidad de negociar u oír en consulta a

puestos y características del personal eventual aprobada por el Pleno conforme a lo dispuesto en el artículo 104 de la LBRL.

La regulación del EBEP incide en el marco normativo vigente en el sentido que habilita a la legislación de desarrollo, estatal y autonómica, a concretar los órganos de gobierno de las administraciones públicas que puedan disponer de personal eventual (cfr. artículo 12.2 del EBEP), si bien el número máximo de eventuales se debe establecer por los órganos de gobierno.

Precisamente, la previsión de la norma básica de conferir al legislador de desarrollo la habilitación para indicar expresamente los órganos de gobierno que pueden disponer de personal eventual es una de las garantías básicas que el EBEP establece para evitar la proliferación indiscriminada de eventuales y, de este modo, evitar su utilización abusiva en el ámbito del empleo público. En consecuencia, será la legislación de desarrollo del EBEP, estatal o autonómica, la que determinará el ámbito material donde puede contratarse personal eventual, quedando la autonomía de cada Administración, en este caso la local, en la determinación de su número, limitándose en este punto las facultades que ostentaban las entidades locales de acuerdo a lo establecido en el artículo 104.1 de la Ley reguladora de las bases de régimen local.

La otra garantía básica para evitar los usos patológicos del personal eventual es la de publicidad, ya prevista en la legislación precedente, en el sentido que el número de eventuales y sus condiciones retributivas han de ser públicas (artículo 12.2 del EBEP). En relación con este aspecto, parece que la garantía de publicidad exige que las retribuciones concretas se recojan en la relación de puestos de trabajo o en la plantilla.⁵³

las organizaciones sindicales en torno a las materias que recoge el artículo 32 de la Ley 9/1987, no ha de ser confundida con la necesidad de que se oiga a determinadas asociaciones de carácter obligatorio en el curso de la elaboración de cualesquiera normas reglamentarias (artículo 24 de la Ley del Gobierno 50/1997). En el caso del artículo 32 la necesidad de negociación o consulta previa deriva de la aplicación del artículo 28.1 de la CE y se refiere únicamente a aquellas disposiciones relativas a las materias de índole económico, de prestación de servicios, sindical, asistencial y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de las relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración, como resumidamente recoge el apartado e) del artículo 32, sintetizando así el contenido de los apartados anteriores. Por otra parte, las excepciones a la obligatoriedad de la consulta que se estipulan en el artículo 34, en lo que se refiere a las decisiones de la Administración que afecten a sus facultades de organización, carecen de eficacia si dichas potestades organizativas implican, en realidad, repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (apartado 2 del artículo 34)."

53. La STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2008 (ponente D^a María Fernanda Navarro) indica, en relación con la Administración de la Generalitat de Cataluña, que la relación de puestos de trabajo del personal eventual debe contener la denominación de los puestos,

4.2. La delimitación objetiva de los puestos que pueden ser ocupados por eventuales

El ámbito objetivo de los puestos de trabajo de las administraciones públicas que pueden ser ocupados por personal eventual está delimitado en el artículo 12.1 del EBEP, cuando indica que ha de tratarse necesariamente de "funciones expresamente calificadas como de confianza y asesoramiento especial", a la vez que el mismo precepto indica que el desempeño de su función lo ha de ser "con carácter no permanente".⁵⁴

Sin duda, las controversias más comunes en el ámbito de la catalogación de los puestos de personal eventual derivan de la tendencia del poder político a intentar ampliar su ámbito de influencia, rodeándose de personal de su confianza política, lo cual produce un ensanchamiento de las funciones asignadas al personal eventual que provoca zonas de conflicto con las normas de empleo público que reservan las funciones para otra categoría de empleados públicos, singularmente los funcionarios de carrera o el personal directivo.

En principio, podríamos distinguir tres bloques de funciones que puede realizar el personal eventual: a) de confianza; b) de asesoramiento especial, distinto del asesoramiento legal preceptivo que, en el ámbito de la Administración local, está reservado a los funcionarios con habilitación nacional y a los técnicos de la Administración General y especial,⁵⁵ y c) de dirección, específicamente en el ámbito de la Administración local, de acuerdo con lo previsto en el artículo 176.2 del Texto refundido de 1986. Dentro de estas funciones, y tras la entrada en vigor del EBEP, habría que excluir las funciones directivas del perso-

sus características esenciales, requisitos para ocuparlos y forma de provisión, lo cual supone que deben fijarse las concretas condiciones de retribución de este personal. En el caso contemplado en dicha sentencia se anuló la relación de puestos de trabajo de personal eventual de la Generalitat de Cataluña porque no se cumplieron dichos requisitos, en tanto que había una mera referencia genérica al puesto de trabajo y una remisión por asimilación en orden a las retribuciones que le correspondía al personal eventual, que no permitía fijar de antemano cuál era la retribución concreta que había de percibirse en cada uno de los puestos.

54. La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en este sentido: la STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9587) indica que "el nombramiento del personal eventual ha de ser restrictivo, puesto que implica una disminución al puesto funcional, limitado a desempeñar tareas de carácter no permanente".

55. Vid. en este sentido KONINCKX FRASQUET, A. *Gestión local Aranzadi Personal*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 894. Asimismo, la STSJ de Madrid de 9 de febrero de 2005 (JUR 2006, 201022, ponente D^a María Jesús Muriel) se pronuncia en el mismo sentido en relación con siete puestos de asesor del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, al entender que no está justificada la cobertura de los puestos por personal eventual cuando existen cuerpos de funcionarios con la preparación específica necesaria para el desempeño de estos puestos.

nal eventual por existir una derogación tácita del artículo 176.2 del Texto refundido de 1986, según se ha expuesto anteriormente.

En el ámbito jurisdiccional, este tipo de conflictos son los más frecuentes, existiendo diferentes pronunciamientos sobre la materia. Éstos parten fundamentalmente de una interpretación restrictiva de las funciones que pueden ser desempeñadas por el personal eventual, conforme a su definición legal, pudiendo destacarse, a grandes rasgos, las siguientes limitaciones en cuanto al nombramiento de personal eventual:

1) El personal eventual no puede ser nombrado para desempeñar funciones de carácter permanente.⁵⁶

Al tratarse de supuestos excepcionales, quedan vedadas a este personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa.

Ello enlaza con la cobertura de plazas estructurales, es decir, plazas que tienen una vocación de permanencia en la organización de la Administración, que debe entenderse que no pueden ser cubiertas por personal eventual.

Uno de los problemas principales que se plantea en este apartado es la confusión del supuesto de “no permanencia” con el de “temporalidad”. La distinción está en que el primero hace referencia al contenido funcional del puesto, en tanto que el segundo hace referencia al titular del puesto. El eventual es personal temporal por la propia naturaleza de su nombramiento, pero lo que realmente caracteriza el puesto de trabajo eventual es el carácter no permanente de sus funciones, lo que impide que se nombren eventuales para plazas estructurales o que contienen funciones que constituyen la actividad propia de la Administración.

56. Puede citarse en este sentido la STS de 9 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1049), en relación con la improcedencia de nombrar un eventual para cubrir el puesto de director del Plan del centro histórico de un ayuntamiento, o la STS de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3420), que entiende que no puede cubrirse la plaza de director técnico del servicio de urbanismo de un ayuntamiento por personal eventual, por cuanto se trata de funciones permanentes. El fundamento décimo de esta última sentencia resume la doctrina en materia de provisión de puestos por personal eventual en los siguientes términos:

“el contenido y significación de la expresión ‘confianza y asesoramiento especial’, que legalmente se utiliza para definir y caracterizar al personal eventual, debe determinarse poniendo en relación aquella expresión con el régimen de nombramiento y cese legalmente previsto para el personal eventual.

“Ese nombramiento y cese es libre y corresponde a los superiores órganos políticos (ministros, secretarios de Estado, consejeros de gobierno de las comunidades autónomas y presidentes de las corporaciones locales) y, por lo que en concreto hace al cese, está

2) El nombramiento de personal eventual debe restringirse a los puestos de confianza política o asesoramiento especial y no a los de mera confianza que tienen un contenido funcional permanente en la organización administrativa.

Ha de indicarse que existe una zona de conflicto entre el personal eventual y el funcionario de libre designación que ocupa puestos de confianza. La expansión del ámbito personal del eventual para puestos de confianza política genera el riesgo de que el mismo invada el campo reservado para los funcionarios de libre designación que ocupan puestos de confianza.

En la práctica, observamos que un amplio número de eventuales desempeñan funciones en sectores tales como secretarías, comunicación o prensa, agenda, protocolo, relaciones externas o publicidad, los cuales entrarían en la faceta de personal de confianza política. Sin embargo, también se contempla el sistema de libre designación para la realización de estas funciones, por lo que existe un primer ámbito de conflicto con el personal funcionario.

Otro supuesto que genera riesgo de conflicto es el de puestos que tienen zonas de fricción con las funciones directivas, propias de los órganos activos y reservadas a los altos cargos o a los funcionarios públicos, caso de los delegados territoriales, coordinadores territoriales o responsables de organismos o servicios de la Administración.

3) Las funciones del personal eventual de asesoramiento o de confianza deben vincularse a los órganos de gobierno que pueden disponer de este tipo de personal, sin que puedan extenderse a otros órganos distintos.

La vinculación del personal eventual a la autoridad a que se presta la función es directa, de modo que el cese del eventual se produce, en todo caso, cuando se produce el de la autoridad a la que se presta la fun-

establecido que se producirá automáticamente cuando cese la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento (artículos 20.2 de la LMRFP y 104.2 de la LBRL). Todo lo cual pone de manifiesto que se trata de tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la ‘confianza’.

“Pues bien, la ponderación conjunta de esas dos puntualizaciones impone concluir que los puestos reservados a personal eventual son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de ‘confianza y asesoramiento especial’ que legalmente delimitan esta específica clase de personal público.

“Y la consecuencia paralela que también se extrae es que deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y pl personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.”

ción de confianza o asesoramiento (artículo 12.3 del EBEP), de modo que debe entenderse patológica la prestación de funciones de asesoramiento o confianza a autoridades distintas a las que autorizan las leyes de función pública.

4) El personal eventual no puede servir para paliar carencias organizativas o de personal de la Administración, incluyéndolos en puestos que deben ser cubiertos por personal funcionario o laboral.

5. Algunos apuntes conclusivos

El recorrido realizado sobre los tipos de empleados públicos y su regulación después del EBEP permite afirmar que existen algunas insuficiencias en la regulación actual del empleo público, y que la definitiva configuración y eficacia de aspectos esenciales del estatuto de los empleados públicos dependerá fundamentalmente del desarrollo que se realice en sede de legislación estatal y autonómica.

El EBEP, aun sin abordar muchas de las cuestiones necesarias para la clarificación y eficiencia del régimen normativo del empleo público, sí ha sentado las bases para que pueda abordarse esta regulación por las normas de desarrollo, especialmente por la legislación autonómica y por el papel de la negociación colectiva como instrumento de cohesión y coordinación de los diferentes regímenes jurídicos del personal que compone el empleo público.

La pretensión de reconducir el empleo público a la división de puestos de trabajo entre funcionarios y laboral, o de limitar las tasas de temporalidad a términos razonables, dependerá en gran medida del desarrollo que se pueda realizar de la normativa de función pública y, especialmente, de la aplicación que se haga de esta normativa en las administraciones públicas.

Es en este punto de la aplicación de las normas donde se producen la mayor parte de las patologías derivadas del incumplimiento de la normativa sobre empleo público.

Los supuestos más destacados son la utilización excesiva del personal eventual fuera de los límites establecidos en la Ley, la infracción de los principios y garantías que rigen el procedimiento selectivo y el incumplimiento de las normas de contratación laboral temporal, que determinan la transformación del empleo temporal en empleo indefinido.

A estos incumplimientos se intenta poner fin en el EBEP fijando, a modo de cláusula de cierre, los términos en que puede consolidarse el empleo temporal, así como puede funcionarizarse al personal laboral fijo.

Asimismo, con la figura del directivo profesional se intenta reconducir el ámbito de aplicación del personal eventual.

En cualquier caso, la eficacia de todas estas medidas y previsiones dependerá del desarrollo normativo que debe realizarse especialmente en sede de legislación estatal y autonómica, siempre y cuando se fijen los elementos de rigidez necesarios para minimizar los supuestos de incumplimiento. ■



Los directivos públicos. Análisis comparado

Miguel Sánchez Morón
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá*

1. El interés teórico y práctico, jurídico y político sobre el régimen de los directivos públicos no ha dejado de crecer en nuestro país durante los últimos años. Como es lógico, el desarrollo económico y social de un país (o de una región o de un gran municipio) tiene como una de sus condiciones necesarias contar con una administración pública eficaz y bien organizada, que preste con regularidad y eficiencia los servicios y actividades de su competencia. Y, si bien es claro en un Estado democrático de derecho que corresponde a los gobiernos elegidos por los ciudadanos –y directamente responsables ante ellos– la dirección política del aparato administrativo, no lo es menos que sin un conjunto de profesionales con la capacidad necesaria para programar, organizar y supervisar los servicios, aquella condición no puede cumplirse satisfactoriamente. Cuanto mayor es el desarrollo de una sociedad y más complejas las actividades administrativas, más se precisa asegurar la presencia de un grupo de directivos públicos, en el número y con la calidad y capacitación que la sociedad requiere.

En realidad, directivos públicos existen en todas las administraciones, si damos a ese concepto un significado formal o puramente organizativo. Directivo público es, desde esta perspectiva, todo aquel que dirige la Administración o los servicios bajo las instrucciones políticas de los órganos de gobierno. De hecho, la legislación –la del Estado, la de las comunidades autónomas, la de la Administración local– se refiere a una serie de órganos o cargos públicos como “órganos directivos”, lo que confiere a sus titulares la cualidad correspondiente. De alguna manera es una acepción que tiene presente el artículo 13.1 del EBEP, cuando define al “personal directivo” como “el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración”.

Pero existe también otra acepción menos formal y más sustantiva del término, la que apunta a los requisitos subjetivos que quien desempeña tales cargos o funciones debería reunir. En este sentido, como señaló el Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP, directivo público es “la persona que posee la capacidad de liderazgo, la formación específica y las habilidades necesarias para hacer funcionar, bajo las instrucciones del Gobierno correspondiente, la compleja maquinaria administrativa”.

En las administraciones desarrolladas, la necesidad de este tipo de personal es evidente. Como también lo es que se trata de personas que han de reunir unas cualidades y una formación de gestión o *management* que no tienen por qué reunir los funcionarios públicos, ni siquiera los de los cuerpos o grupos superiores, ni quienes acceden a dirigir el vértice de

la Administración desde su compromiso político. Entre el espacio puro de la política o área de gobierno y el espacio puro de la burocracia, existe una franja intermedia, difícil de definir o de delimitar, que es la que corresponde al directivo público. Personas éstas que, por un lado, asisten a los representantes y cargos políticos, inclusive en la definición de las políticas públicas, y que planifican, ordenan y supervisan el trabajo de los funcionarios y empleados públicos y tienen a su cargo la organización general de los servicios. Pero que, en puridad también, no se confunden con unos y con otros. Por ello, por la naturaleza y la peculiaridad de su función y de su inserción en el aparato administrativo, resulta conveniente que estén dotados de un régimen jurídico especial. La clave de este régimen especial reside en combinar de manera equilibrada el elemento de confianza política o personal que debe regir las relaciones de los directivos con el Gobierno y el elemento de profesionalidad –que no necesariamente implica la funcionarización– indispensable para cumplir con éxito la función que les corresponde.

El interés creciente que la figura del directivo público suscita en nuestro caso se debe, por lo demás, a que se trata de una cuestión mal resuelta o, por mejor decir, nunca abordada entre nosotros de manera clara y con decisión política. Eso no quiere decir que no contemos con buenos directivos públicos. Desde luego que los hay, en buen número y en todas o casi todas las administraciones. De lo contrario, el nivel alcanzado en el país en lo relativo a la prestación de los servicios públicos hubiera sido imposible. Pero también es cierto que no todas las personas que acceden a los cargos directivos tienen la capacidad necesaria o reúnen las cualidades adecuadas y de ello se resiente muchas veces la eficacia administrativa, sin mencionar ahora otras desviaciones.

Por otra parte, nuestra legislación viene intentando afrontar la cuestión de los directivos públicos desde hace tiempo. Primero desde el punto de vista de la formación, siendo de recordar que ya desde los años sesenta y setenta se creó el “diploma directivo” en la Administración del Estado, aunque su relevancia práctica a efectos de ascensos o de asignación de puestos ha sido irregular. Después, desde el punto de vista de la reserva de ciertos cargos, precisamente calificados de directivos, a personal que reúna condiciones de cualificación profesional o experiencia, aunque no claramente especificadas. Es el paso que da la LOFAGE en 1997 en el ámbito de la Administración General del Estado y la Ley de modernización del gobierno local, por lo que se refiere a los municipios de gran población en 2003, así como las leyes especiales de los municipios de

Madrid y Barcelona. Tendencia que, por cierto, no ha tenido apenas seguimiento en la legislación autonómica. Finalmente, la legislación más reciente intenta avanzar en la regulación de un régimen propio de los directivos públicos, que se refiera a las condiciones de su designación y de su cese, a la movilidad y evaluación, a sus derechos y responsabilidades específicas, a sus retribuciones e incompatibilidades, etc. Esta es la perspectiva del EBEP y, en un plano algo más concreto y desarrollado en la práctica, la de la Ley de agencias estatales de 2006 (Ley 28/2006, de 18 de julio).

A pesar de ello, falta mucho –casi todo– por hacer en esta materia. El artículo 13 del EBEP es sólo un marco general que necesita desarrollarse y que ni siquiera obliga a ello ni al Gobierno estatal ni a las comunidades autónomas, pues es una norma “blanda” o meramente orientativa. De hecho, durante la pasada legislatura se iniciaron algunos trabajos en el MAP para la elaboración por real decreto de un estatuto del directivo público de la Administración General del Estado, pero dichos estudios y borradores no han tenido continuación. También, por cierto, algunas comunidades autónomas (País Vasco, Galicia, etc.) han iniciado proyectos semejantes, pero igualmente aún sin ningún resultado normativo concreto.

Quizá, como se ha intentado justificar por algunos responsables políticos, la situación actual de crisis económica no favorece el desarrollo del EBEP (ni en este ni en otros aspectos), pues llevaría en alguna medida a un incremento del gasto público en materia de personal. Pero no puede desconocerse que existe entre nosotros una muy arraigada cultura de la “confianza política” como criterio de provisión de los puestos directivos, que sigue teniendo un peso enorme y que es muy difícil de cambiar. La configuración y organización de las administraciones autonómicas es un buen ejemplo de ello, más aún que la del Estado, seguramente por el peso que las tendencias nacionalistas o regionalistas o simplemente la presencia de los intereses locales tienen en ellas.

Sin embargo, esa situación habrá de cambiar algún día. No puede dejar de destacarse que la Administración española, la de la octava potencia económica como suele enfatizarse, es la única entre los grandes países de Occidente que carece de un estatuto específico del directivo público profesional. Y esa diferencia se puede hacer notar cada vez más, si no se producen los cambios adecuados, y puede ser cada vez más llamativa en el ámbito europeo comunitario. Pues, si bien en la práctica y como se ha dicho muchos de los directivos designados en virtud de criterios de mera confianza reúnen las cualidades apropiadas para el cargo –gran parte de ellos son en rea-

lidad funcionarios de los cuerpos superiores y no por casualidad– nada garantiza que esta situación vaya a mantenerse y menos aún a generalizarse.

En esta perspectiva es interesante analizar los modelos de función pública directiva adoptados por otros grandes países de nuestro entorno –y el propio de la Administración de la Unión Europea–, lo que se trata de hacer aquí con la brevedad que requiere la ocasión.

2. Quizá el modelo más antiguo y que en el pasado ha servido de referencia para nosotros –referencia más bien teórica y nunca seguida en sustancia– es el de Francia. Modelo que, sin embargo, hay que destacar hoy más por su singularidad, en el contexto comparado, que por otra cosa.

En el país vecino, el régimen funcional de carrera ha adquirido tal arraigo que en realidad no se utiliza el concepto de directivos o de dirección pública, sino el de “alta función pública” (*haute fonction publique*). Sin embargo, son estos altos funcionarios los que dirigen la vasta Administración francesa (casi cinco millones de empleados en su conjunto), en medida o en proporción superior a la de otros países. En realidad, el acceso a la alta función pública pasa por la integración en uno de los grandes cuerpos de la Administración (consejeros de Estado, inspectores de Hacienda, cuerpo prefectoral, cuerpo diplomático, cuerpo de administradores civiles, cuerpos de ingenieros, etc.). A estos cuerpos se accede a través de la prestigiosa Escuela Nacional de Administración (ENA) o a través de las escuelas de ingenieros. A la ENA, por su parte, se accede por oposición libre o concurso de promoción interna y en muy pequeña proporción (8 por ciento aproximadamente) a través de un concurso de méritos desde el sector privado (*tour extérieur*). Los miembros de los grandes cuerpos constituyen así una elite muy significativa, no sólo en el ámbito de la Administración en sentido estricto, sino en la política –se habla allí de una especie de burocratización de la política– e inclusive en la vida empresarial, a la que muchos altos funcionarios pasan a lo largo de su vida profesional.

Los cargos de naturaleza directiva se dividen en dos niveles: los empleos superiores y otros cargos de naturaleza directiva. Los primeros son unos 550 y entre ellos se encuentran los directores generales (de la Administración del Estado), los prefectos, los embajadores y los rectores de universidad. Estos cargos están “a disposición del Gobierno” y sus titulares pueden ser designados y cesados libremente por el Consejo de Ministros. Ahora bien, es muy raro que se designe para alguno de ellos a alguien que no pertenece a los grandes cuerpos e inclusive es habitual que para ciertos cargos se nombre a miembros de

cuerpos determinados. Ello genera cierta rigidez que en los últimos tiempos intenta corregirse promoviendo mayor movilidad.

Los otros cargos directivos, de segundo nivel (en número de 3.000, aunque algunos cómputos amplían considerablemente la cifra), se nombran necesariamente entre funcionarios públicos, que acceden a ellos en una situación similar a la de servicios especiales (*détachement*). Para cubrirlos se requiere a veces cierta experiencia, evaluada por una comisión, o años de servicios o un período de formación. Existe un período mínimo y máximo de desempeño de estos cargos –entre 3 y 6 años, por lo común– y se intenta favorecer la movilidad interna.

Este esquema se ha mantenido con muy pocas modificaciones y su gran ventaja es que asegura la capacitación del personal directivo, que mantiene su prestigio en la sociedad francesa, si bien con la desventaja del referido elitismo y un cierto espíritu burocrático. Recientemente estos defectos pretenden corregirse, sin abandonar el modelo, mediante una formación más gerencial (inclusive desde el curso de formación de la ENA), la introducción de retribuciones variables ligadas a la evaluación del desempeño y la práctica de la administración por programas.

3. Los modelos anglosajones son diferentes y mucho más estudiados e imitados en los últimos años.

El modelo británico o *Senior Civil Service* tiene raíces antiguas, en el sistema administrativo clasista de administración imparcial y eficiente creado en la época victoriana (tras el Informe de la Comisión Real Northcote-Trevelyan de mediados del XIX), si bien ha sido remodelado en las últimas décadas, en particular después de las reformas emprendidas por los gobiernos de la Sra. Thatcher y sucesivos, que pretendieron importar al ámbito público los modelos de gestión y organización propios de la empresa privada. Tras algunos excesos cometidos en ese propósito, que el Informe Nolan puso de manifiesto, la actual regulación básica data de 1996.

Los cargos directivos se dividen en dos grupos, los de nivel superior (*Senior Leader Committee Group*) y los de nivel básico. Los primeros abarcan los puestos de *Permanent Secretaries*, la segunda autoridad de cada ministerio, director general (*Deputy Secretary*) y subdirector general. A ellos se asimilan los directores de las agencias (*Chief Executive*). Los puestos básicos ocupan franjas retributivas más bajas, siempre de nivel superior (*Senior Executive Officer, Higher Executive Officer, etc.*). Por tanto, sólo los miembros del gabinete y sus asesores (*special advisers*), semejantes a nuestro personal eventual, son cargos de confianza política.

Todos los cargos directivos se cubren por procedimientos en competencia y públicos, fundados en el mérito, normalmente abiertos a cualquier persona que reúna los requisitos que se establezcan en la convocatoria, ya proceda del sector público o privado. En la práctica, sin embargo, es muy reducido el número de directivos públicos que proviene de la empresa privada (el 10 por ciento aproximadamente). Para ciertos cargos se exige un curso de formación en la *National School of Government*, aunque en la mayoría de ellos selecciona a personas que ya tienen experiencia en el propio sector público. La selección se organiza y supervisa por un órgano colegiado independiente, la *Civil Service Commission*, ubicada orgánicamente en el *Cabinet Office*, una institución parecida a nuestra Presidencia del Gobierno.

Como el nombramiento no es discrecional, tampoco lo es el cese y ello dota de una gran estabilidad a la función directiva en el Reino Unido. En la práctica, el cese se produce sólo por incumplimiento de los objetivos o sanción disciplinaria, aparte los casos de cese voluntario. Por lo demás, en cada caso tras el nombramiento se firma un contrato con el interesado, que define sus derechos y obligaciones. Entre ellos, el aspecto de las retribuciones variables en función de los objetivos.

4. El sistema norteamericano de directivos públicos profesionales es algo distinto, aunque tiene ciertas bases comunes.

El *Senior Executive Service* (SES) fue creado en la época del presidente Carter, en buena parte como reacción a los excesos del sistema de nombramiento de cargos por razones de confianza política de la Presidencia anterior (Nixon) y como antídoto a los escándalos de ese período. Sin embargo, en los Estados Unidos, la tradición de los nombramientos políticos es mucho más fuerte que en los países que ya hemos considerado y, aunque siempre criticada –desde los excesos del *spoils system* en el siglo XIX, que dieron lugar a la introducción del *merit system* en 1883–, reaparece con frecuencia.

La creación del SES no impide que los más altos cargos –alrededor de 1.400 en la Administración federal, entre ellos los embajadores y los jefes o directores de las agencias federales (*Agency Heads*)– se nombren por el presidente. Eso sí, con la supervisión y aprobación previa del Senado, lo que suele constituir un control importante, habida cuenta de la independencia de que goza de hecho el Senado, incluso si el partido del presidente tiene mayoría en él.

En cuanto al SES, pueden acceder a él funcionarios de las agencias y servicios de la Administración federal de rango superior (*Career Reserved Positions*), mediante un procedimiento en competencia. No

obstante, un 10 por ciento de los puestos correspondientes al SES en la estructura administrativa están a disposición del presidente y el sistema de directivos profesionales no se aplica en algunas ramas del Gobierno (por ejemplo, la CIA).

Para acceder al SES, cada agencia solicita de la Oficina de Gestión de Personal (OPM) que le asignen las plazas correspondientes y realiza una convocatoria. Los candidatos deben reunir los requisitos de capacidad y experiencia (*Executive Core Qualifications*) previamente establecidos por la OPM. Una comisión de selección de la agencia valora los méritos y realiza la propuesta de nombramiento, que la propia agencia aprueba previa certificación por la OPM de que el seleccionado reúne los requisitos exigidos.

Los nombramientos se realizan sin plazo, aunque puede preverse un período de prueba de un año. Esta regla no se aplica en el caso de los nombramientos a disposición del presidente, en que el cese es discrecional igualmente.

Los miembros del SES pueden acceder por traslado voluntario a otras agencias y pueden ser objeto de traslado forzoso dentro de la propia agencia. Ahora bien, cuando se produce un cambio de Gobierno (lo que suele conllevar cambios en la dirección de las agencias), existe una moratoria de 120 días para poder acordar traslados forzosos. La función de esa moratoria (*get acquainted period*) es facilitar que los nuevos directores de la agencia puedan conocer a su personal directivo profesional antes de adoptar cualquier decisión al respecto.

Los miembros del SES sólo pueden perder su puesto, aparte del traslado, por razones disciplinarias, incumplimiento de objetivos (que si es reiterado les puede hacer perder también su condición, regresando a la función pública ordinaria), por rechazo a un traslado forzoso o en caso de supresión de los puestos de trabajo correspondientes (*reduction in force*). En todo caso, su cese forzoso puede ser apelado ante un órgano independiente, la Comisión de Protección del Sistema de Mérito (*Merit System Protection Board*).

5. Un modelo más próximo a nosotros, al menos geográficamente, es el de la *dirigenza* italiana. Este sistema, tras varios intentos fallidos, se consolidó legalmente mediante las reformas del régimen del empleo público aprobadas en 1993, bajo el Gobierno "técnico" (no partidista) de G. Amato, que fue nombrado en la época de gran crisis del sistema tradicional de partidos de principios de los años noventa (la época de *mani pulite* contra *tangentopoli*, el sistema de corrupción organizada de la III República). En ese momento se diferencia con gran minuciosidad en la

letra de la ley el área de la política y el área de la administración, las competencias del Ministro y las del directivo público profesional. Esta área abarca un doble nivel, el de los *dirigente generali* o *prima fascia*, que es el nivel superior (aproximadamente 550 cargos, incluidos los directores generales de los ministerios) y el segundo nivel o *dirigenti* o *seconda fascia* (más de 7.000 puestos).

A la categoría de dirigente se accede mediante pruebas selectivas (oposición o concurso según los casos), a las que sigue un curso de formación en la *Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione*. Para participar en dichas pruebas se requiere ser empleado público superior con ciertos años de experiencia (cinco normalmente) o bien directivo de entes públicos o asimilados a las administraciones públicas o funcionario de una organización internacional, con ciertos años de experiencia también. Excepcionalmente se admite el ingreso de otros empleados del sector privado, con titulación y experiencia suficiente.

Para ejercer como directivo público se requiere además el nombramiento para uno de los cargos que les están reservados. El nombramiento no es por tiempo indefinido sino por un período de 3 a 6 años. El nombrado firma un contrato, pues la relación de empleo público es contractual en Italia y sometida a Derecho laboral desde 1993. Quienes no son nombrados para un cargo o cesan en él y están pendientes de nuevo nombramiento realizan por lo general funciones de inspección, consultivas o de estudio, no directivas.

El cese en el cargo (en el "encargo") del directivo se produce por agotamiento del plazo de nombramiento, si no hay renovación, por sanción disciplinaria e incumplimiento de objetivos. Sin embargo, tras una reforma introducida en la época del primer Gobierno de Berlusconi, los más altos cargos (secretarios generales, directores generales) cesan automáticamente a los 90 días de la toma de posesión de cada nuevo Gobierno. Esta cláusula, unida a la muy frecuente renovación de los gobiernos italianos, suscita muchas dudas sobre la estabilidad (e imparcialidad) de los directivos de primer nivel, que ha puesto de manifiesto incluso la Corte Constitucional. Además, no siempre las oposiciones y concursos de acceso permiten completar la plantilla de directivos, lo que lleva a nombrar "provisionalmente" para tales cargos a personas que no lo son.

Por último, conviene dejar constancia de que los directivos están sometidos a evaluación del desempeño, de donde deriva una parte de sus retribuciones, aunque también pueden negociar sus condiciones de empleo a través de su representación sindical.

6. Por último, daremos un vistazo a la función directiva en la Administración propia de la Unión Europea. Esta Administración, muy limitada en sus efectivos (unos 30.000), ordena su personal conforme a un estatuto funcionarial, cuya última reforma importante se produjo en 2004. El grupo superior de administradores (AD) es lo que suele denominarse la función directiva comunitaria. No obstante, deben diferenciarse también dentro de él dos subgrupos, los niveles 15 y 16 de la escala retributiva, que son los directivos de vértice y el nivel básico (grados 5 a 14).

El ingreso en la carrera tiene lugar mediante un proceso de selección riguroso que organiza la Oficina Europea de Selección de Personal (EPSO). Junto a los méritos se tiene en cuenta un principio de equilibrio geográfico, que determina la selección de candidatos de todos los países miembros, en proporción razonable (aunque no se puede hablar en puridad de cuotas nacionales). El acceso al grupo superior tiene lugar mediante un procedimiento formalizado y más riguroso si cabe, que implica una evaluación técnica, el informe de un comité consultivo y una entrevista, procedimiento que trata de limitar el peso del factor nacionalidad. Los directivos tienen derecho a la permanencia y a la carrera, así como a desempeñar uno de los puestos que les corresponden por concurso o promoción interna. Estos puestos alcanzan, en la Comisión Europea, hasta el de director general, de manera que sólo los asesores personales de cada comisario son cargos de estricta confianza política o personal.

El cese en el puesto de trabajo puede producirse, además de por sanción disciplinaria (que puede llevar a la separación del servicio), por incompetencia profesional (mediante expediente contradictorio). En el caso de los directivos de vértice –los únicos que realmente desempeñan funciones directivas– cabe también el cese por interés del servicio, con carácter discrecional. Este tipo de cese obedece muchas veces a la conveniencia de fomentar la movilidad e impedir la perpetuación en un cargo de alta dirección de funcionarios con una determinada nacionalidad.

Sobra decir que en todos los casos examinados la evaluación por objetivos es un factor inherente al régimen de los directivos públicos. También lo es un sistema retributivo que, si no comparable al de los directivos del sector privado, resulta lo suficientemente atractivo para conseguir y retener a profesionales muy cualificados en el ámbito de la dirección pública. ■

Provisión de puestos de trabajo y movilidad funcional en el nuevo Estatuto básico

1. Introducción y contenido general.

1.1. Provisión de puestos de trabajo. 1.2. Movilidad. 1.3. Personal laboral. 1.4. Formas de provisión específica de los funcionarios de Administración local.

2. Estudios preliminares para la elaboración del Estatuto. Propuesta elaborada por la Comisión de Expertos.

2.1. Propuestas de la Comisión de Expertos. 2.2. Crítica de la solución adoptada en el texto aprobado.

3. Provisión de puestos.

3.1. Consideración preliminar. 3.2. Principios de provisión. 3.2.1. Consideración general sobre la virtualidad de los principios. 3.2.2. Contenido de los principios. 3.3. Procedimientos de provisión regulados en el Estatuto. 3.4. El concurso como sistema ordinario de provisión. 3.5. Determinación de los sistemas de provisión y criterios y elementos que han de expresarse para optar por los sistemas no ordinarios de provisión de puestos. 3.6. Exégesis del artículo 79 respecto al contenido del concurso. 3.7. La determinación de los méritos en las bases de la convocatoria y naturaleza de las mismas. 3.8. Contenido de los méritos a valorar. 3.9. Especial consideración de la entrevista integrada en los procesos de concurso. 3.10. Las comisiones de valoración en el Estatuto básico del empleado público. 3.10.1. Contenido general del artículo 79 del Estatuto básico en relación con las comisiones de valoración. 3.10.2. Carácter de las resoluciones de los tribunales y cauces de impugnación de las mismas. 3.11. Plazo mínimo de desempeño de los puestos de trabajo. 3.12. Supresión o remoción de puestos. Garantía del desempeño de otro puesto de trabajo.

4. La libre designación.

4.1. Consideración general. 4.2. Exégesis del artículo 80. 4.3. Discrecionalidad en el nombramiento y cese del personal a quien se designa por libre designación. Posible revisión de esta doctrina. 4.4. Supuestos en que es procedente la libre designación. 4.4.1. Regulación general. 4.4.2. Regulación especial de los funcionarios de Administración local de habilitación estatal. 4.5. Procedimiento que ha de seguirse en la provisión de puestos de trabajo por el procedimiento de libre designación. 4.6. Libertad de cese del funcionario designado por libre designación. Consecuencias derivadas.

5. Otras formas de provisión de puestos de trabajo.

5.1. Planteamiento. 5.2. Naturaleza de la regulación. 5.3. Algunos supuestos de provisión. 5.4. La permuta. 5.5. Movilidad por motivos de salud. 5.6. Supuestos residuales de provisión.

6. La movilidad del personal funcionario de carrera.

6.1. Consideraciones de carácter general. 6.2. Movilidad dentro de la propia Administración. 6.2.1. Movilidad voluntaria. 6.2.2. Movilidad forzosa. 6.2.3. Adscripciones provisionales. 6.2.4. Movilidad por razón de violencia de género. 6.3. Movilidad interadministrativa. 6.3.1. Antecedentes legislativos y consideraciones generales. 6.3.2. Regulación actual.

7. Consideraciones finales.

7.1. Regulación de mínimos. 7.2. El derecho al cargo se encuentra desvinculado del desempeño de un concreto puesto de trabajo. 7.3. Aspectos complementarios de la regulación con incidencia en la provisión de puestos. 7.4. Carácter residual de los sistemas de provisión típicos.

Felipe Fresneda Plaza

Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid

1. Introducción y contenido general

En la presente ponencia se trata de desarrollar el contenido del capítulo III del título III, artículos 78 y siguientes de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, que precisamente lleva la denominación que constituye el título de la presente ponencia, provisión de puestos de trabajo, a lo que debemos añadir también la movilidad, que es objeto de regulación en el propio capítulo y que supone formas específicas de provisión de puestos.

Los preceptos que se van a analizar participan del contenido de los principios inspiradores de toda la norma de la que forman parte, por lo que precisa de un desarrollo normativo posterior, lo que en el texto legislativo objeto de análisis se ha potenciado, se ha elevado a su máxima expresión, en cuanto que el contenido objeto de regulación no es en sí mismo operativo, en tanto que no se proceda al desarrollo normativo por el legislador estatal o por los legisladores autonómicos, tal y como se deduce del número 2 de la disposición final cuarta 2 del Estatuto, que excepciona la entrada en vigor del contenido de dicho capítulo a que se produzca el referido desarrollo.¹

Se debe precisar el concepto de los preceptos objeto de análisis, debiendo decirse al respecto que se trata, que dichos preceptos se apartan del concepto tradicional de legislación básica del Estado en los términos que derivan del artículo 149.1.18 de la Constitución española, pasando a ser una regulación que establece unas bases mínimas, unos principios comunes, a todas las administraciones públicas. En este sentido, frente a lo que ocurre con otros preceptos del EBEP que son directamente aplicables, en los ahora analizados más bien parece que nos encontremos ante un supuesto de bases de los artículos 82 y 83 de la Constitución española² que precisarán su desarrollo en diversos textos articulados. La idea central es la de establecer “unas reglas y principios comunes, no muy numerosas pero sí claras y firmes, y, por otro, habilitar a los legisladores y a los gobiernos para que las desarrollen en el ámbito de sus respectivas competencias, señalando las directrices o, por usar una expresión de moda, la hoja de ruta de las reformas que deben acometerse”.³

1. El precepto literalmente expresa:

“No obstante lo establecido en los capítulos II y III del título III, excepto el artículo 25.2, y en el capítulo III del título V, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.”

2. En este sentido se expresa MARTÍN REBOLLO en la *Revista de Administración Pública*, 174, p. 129 a 159. El referido autor expresa, asimismo, que el concepto pudiera ser también el de las directivas comunitarias.

El contenido de su redacción es, por lo tanto, mínimo, pudiendo sistematizarse su contenido fundamental de la manera siguiente.

1.1. Provisión de puestos de trabajo

En este aspecto, el artículo 78, aparte de la enunciación de los principios propios de la provisión, de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, enuncia como sistemas ordinarios de provisión los de concurso y libre designación, en lo que no constituye novedad con el sistema vigente en la actualidad. Este contenido mínimo puede ser objeto de otros procedimientos de provisión si así se establece, en su caso, por el Estado y las comunidades autónomas, lo que constituye una potestad de aquéllos, y ello en los términos que se desprenden del apartado 3 del artículo, que expresa que “Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán establecer otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad a que se refiere el artículo 81.2, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos”.

Por lo tanto, la regulación contiene dos sistemas necesarios: el concurso y la libre designación. Todos los demás son potestativos, en los términos que se expresen en la legislación de desarrollo.

1.2. Movilidad

En lo que respecta a la movilidad, regulada en los artículos 81 y 84, la novedad primordial es la sistematización de las diversas formas de aquélla. Se distingue, así, entre movilidad intraadministrativa, dentro de la propia Administración a que pertenezcan los funcionarios, subdividiéndose en voluntaria y forzosa, e interadministrativa, referida a la posibilidad de obtención de destinos en administraciones diferentes a las de origen entre funcionarios. Si adelantamos ya mínimamente el contenido de esta última, se concibe como pieza fundamental para hacerla efectiva el recurso a formas consensuadas, cuales son los convenios de conferencia sectorial u otros instrumentos de colaboración. Ha de destacarse, también, la regu-

3. SÁNCHEZ MORÓN, en “Consideraciones generales sobre el Estatuto del empleado público”, en *Revista Justicia Administrativa*, que prologa, asimismo, la obra *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, de la editorial Lex Nova, con la importancia de la opinión de este autor, en cuanto que presidió la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto.

lación contenida en este aspecto sobre la movilidad por razones de violencia de género que se contiene en el artículo 82 del Estatuto, que proviene de la regulación contenida en la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, y que ya era objeto de regulación en los artículos 17.3 y 20.1 de la Ley 30/1984.

1.3. Personal laboral

Es novedosa la regulación de la provisión de puestos y de la movilidad del personal laboral contenida en el artículo 83, lo que es coherente con la concepción del Estatuto, que supera el ámbito tradicional de la regulación de la función pública para pasar a normar también la regulación del personal laboral, que quedan ambos comprendidos bajo el género que constituye la común denominación de empleados públicos. El contenido normativo es muy escueto en cuanto que se refiere como fuente de primer grado a lo que se establezca en los convenios colectivos de aplicación y como fuente supletoria a lo que se establece en el propio Estatuto.

1.4. Formas de provisión específica de los funcionarios de Administración local

En lo que respecta a los funcionarios que el Estatuto pasa a denominar de habilitación estatal se contiene una regulación específica respecto a los mismos en la disposición adicional 2, apartado 5, de la Ley, que posteriormente será objeto de análisis, de la que puede destacarse, en una apretada síntesis, entre bases comunes de concurso ordinario, objeto de regulación por las comunidades autónomas, concurso ordinario anual convocado por la corporación local correspondiente, y concurso unitario anual, este efectuado por el Ministerio de Administraciones Públicas, respecto a los puestos vacantes tras el previo concurso ordinario. Esta normativa tampoco entrará en vigor, a tenor de la disposición transitoria 7, hasta que se apruebe la normativa de desarrollo de la propia disposición adicional.

En una aproximación inicial a esta regulación podemos referirnos a las posibles dificultades que encuentre el concurso unitario estatal, establecido con carácter residual, si se tiene en cuenta que se trata de una competencia de las propias corporaciones y las comunidades autónomas en relación con

los concursos ordinarios, y que la única posible forma de relación entre unas y otras administraciones pudiera ser a través de fórmulas de colaboración a que alude la disposición adicional primera del Decreto 195/2008, de 7 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, norma en que ninguna referencia, por lo demás, se contiene a este sistema residual de provisión.

Ante la parquedad regulativa del Estatuto en los aspectos que son objeto de análisis, según se desprende de las consideraciones genéricas antes efectuadas, deberemos complementar el perfil enunciado de las instituciones contempladas con los conceptos y doctrina que han sido acuñados para las mismas a tenor de la regulación precedente y aún vigente a falta de desarrollo al momento actual por parte de las comunidades autónomas,⁴ pues ante la parquedad normativa de la nueva regulación no parece que pueda prescindirse de este acervo doctrinal, sin perjuicio de atender a la regulación mínima común contenida en el Estatuto y estudiar los problemas que las innovaciones planteadas pueden suscitar.

Como excepción a esta regulación por parte de las comunidades autónomas hemos de referirnos al régimen establecido por la Comunidad Autónoma de Cataluña a través del Decreto 195/2008, de 7 de octubre, por el que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de Cataluña, que sin norma de rango legal interpuesta entre el EBAP y el propio Decreto regula directamente todos los aspectos relativos a la selección y provisión de puestos respecto a estos funcionarios de habilitación estatal.

2. Estudios preliminares para la elaboración del Estatuto. Propuesta elaborada por la Comisión de Expertos

2.1. Propuestas de la Comisión de Expertos

La Comisión de Expertos constituida para el estudio y preparación del Estatuto básico elaboró un informe en fecha 25 de abril del 2005. Parece muy relevante traer al presente trabajo una exégesis de su contenido, ya que el expresado informe sirvió de elemento importante para la formulación del anteproyecto de ley y ha tenido una gran relevancia en el texto de la ley finalmente aprobada, por lo que es un precedente a considerar para el análisis ulterior del contenido

4. La excepción la constituye la Comunidad Autónoma de Galicia, que ha regulado –de forma parcial– la materia a través de la Ley 13/2007, de 27 de julio, de modificación de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, en cuya exposición de motivos se alude como causa de su regulación a que una vez “Aprobado

el Estatuto del empleado público, los poderes públicos de Galicia deben, entre tanto, comenzar inmediatamente a aplicar una serie de medidas urgentes para la mejora y racionalización del empleo público autonómico”.

del texto finalmente aprobado, ya que la filosofía inspiradora del texto se refleja en la propuesta de la citada Comisión. En cuanto afecta al contenido relativo a la provisión y movilidad objeto de exposición debemos destacar lo siguiente:

1. En el apartado 51 se refiere a la relevancia de esta materia, propugnando la necesidad de implantar un sistema de carrera horizontal, para evitar las disfunciones propias de una excesiva movilidad vertical, propia de los sistemas de concurso. Al respecto considera que se habrá de reducir “la estructura y tipología de los puestos de trabajo diferenciados que tengan un reconocimiento de sus características especiales a través de un mayor complemento de puesto”. La existencia de estos puestos diferenciados debe limitarse a los que tengan “responsabilidades de mando, de dirección y de coordinación de equipos o a determinadas cualificaciones o responsabilidades especiales”. No obstante lo cual considera que el puesto debe mantener su importancia en cuanto que respecto al mismo se conservan los perfiles de idoneidad, la atribución de tareas y la evaluación del desempeño.

Es decir, se ha partido de la consideración de evitar una excesiva proliferación de la movilidad vertical, para lo que precisamente constituye una alternativa el sistema de desarrollo de la carrera administrativa horizontal, cuyo estudio no nos corresponde.

2. En el apartado 52 efectúa una evaluación del sistema actual. Considera al respecto que en el mismo existen los siguientes problemas:

a) Una insuficiente definición de los perfiles profesionales abstractos de los puestos, que solo se efectúa *ad hoc* en el momento en que surge cada concreta convocatoria, lo que considera que afecta en mayor o menor grado al principio de igualdad.

b) Reputa que el concurso, sobre todo en la forma en que es llevado a la práctica, regula de manera excesivamente rígida y formal la forma de provisión, por lo que considera que para llevar a cabo una valoración adecuada del trabajo previo desarrollado “y de las aptitudes, capacidades y habilidades, es necesario contar con las herramientas adecuadas, entre ellas la realización de entrevistas o ‘tests’ por profesionales especializados”.

c) Entiende que existe una escasa especialización de las comisiones de valoración.

d) Considera que existe una hipertrofia en la inamovilidad en el puesto, lo que agrava los efectos de una posible selección inadecuada, y no contribuye precisamente a un estímulo profesional en la iniciativa en el trabajo.

e) La consecuencia de estas disfunciones es que se ha propiciado una proliferación de los sistemas de provisión a través de las comisiones de servicio, que

de facto puede haberse constituido en el sistema ordinario de provisión.

f) Existe una extensión inmoderada del sistema de libre designación, en el que rige una discrecionalidad absoluta para el nombramiento y el cese del designado.

3. Efectuada la precedente diagnosis de los problemas existentes, en el apartado 53 propone las reformas congruentes que tiendan a paliar tales problemas, que serían los siguientes:

a) Flexibilizar la regulación de los concursos, al objeto de dar cabida a sistemas que permitan la evaluación del rendimiento, aconsejando la introducción de sistemas tipo “tests” o entrevistas.

b) Tecnificar en mayor medida las comisiones de evaluación, con una superior independencia funcional en las mismas, en las que no deberían estar presentes ni personal político ni representantes sindicales.

c) Configurar el desempeño de los puestos como temporales, de forma que no sea vitalicio el derecho al cargo. Transcurrido un determinado tiempo la continuidad en el puesto estaría condicionada a una evaluación positiva en el desempeño.

d) Establecer sistemas de designación discrecional, en supuestos determinados y reducidos, con algún tipo de intervención de las comisiones de valoración, fijando requisitos para el desempeño previamente reconocidos, y siempre que la libertad de nombramiento no conlleve necesariamente la de cese, salvo puestos de confianza o de carácter directivo y sin perjuicio de que se den supuestos de remoción.

No obstante, expresa el informe, no todas las propuestas lo son para que figuren en el Estatuto, dado el carácter de bases mínimas que constituye su contenido, debiendo permitir el ejercicio de la opción legislativa que corresponde al Estado y las comunidades autónomas sobre las materias expresadas. Es decir, que se trata sobre todo de establecer un marco reflexivo y unos principios mínimos que puedan servir de orientación al legislador de desarrollo.

Como valoración personal de estas propuestas —que en gran medida no se han recogido en su integridad en el texto del Estatuto, lo que no impide que puedan ser acogidas por el legislador de desarrollo—, ha de decirse que, sin perjuicio del contenido positivo de muchas de ellas, respecto a otras su aplicación en la forma propuesta pudiera haber tenido incidencia en el desempeño objetivo e imparcial de la función pública, en cuanto las existencia de mayores posibilidades de remoción en el puesto podrían abocar a que el funcionario adoptara decisiones para garantizar la continuidad en el desempeño de aquél, a satisfacción de quien efectúa el nombramiento,

cuando el ejercicio imparcial e independiente de la función pública puede exigir otras actuaciones. Así, la limitación temporal en el desempeño del puesto a expensas de la evaluación del desempeño, antes que una evaluación objetiva de la labor realizada, pudiera enmascarar un trato de favor en función de la permeabilidad o proximidad con los niveles políticos de decisión, siendo consiguientemente consecuencia del mayor o menor seguidismo hacia dicho ámbito de actuación política la posible continuidad por encima del período mínimo garantizado. De esta forma este tipo de medidas, no suficientemente contrastadas en la práctica, pueden conllevar un perjuicio superior al que se intenta paliar.

La introducción de sistemas selectivos como entrevistas que pudieran dar lugar a un subjetivismo valorativo, como la praxis diaria de los tribunales se encarga de demostrar, y en este sentido múltiples decisiones jurisdiccionales han intentado limitar las distorsiones que se producen en procesos de provisión en las que no se objetiva debidamente el resultado de la entrevista y se produce como consecuencia, sin la debida motivación, ni delimitación de los criterios seguidos, una alteración del resultado de pruebas anteriores, por lo que es de difícil acogida como sistema independiente, debiendo más bien configurarse como un sistema complementario respecto a los méritos alegados en el concurso (en un perfil jurisprudencial al que posteriormente se aludirá). Por ello el concurso, pese a que puede expresar en ocasiones el dibujo de un perfil demasiado personal para el caso, al no estar determinados de forma previa y objetiva los méritos de aplicación, parece que ofrece más objetividad que otros sistemas, sin perjuicio de que pueda auxiliarse de otros medios complementarios.

En este sentido, Martín Rebollo,⁵ con referencia al Real decreto de 18 de junio de 1852, cuya exposición de motivos ya se preocupaba por la idoneidad en el acceso, para evitar que los destinos se constituyan en patrimonio de favor, alude a que es un debate histórico la opción entre mérito y el más objetivo sistema de la antigüedad. En todo caso, la concepción del derecho al cargo de forma independiente respecto al concreto desempeño del puesto de trabajo, pudiera dar lugar a decisiones meramente subjetivas, cuando

no arbitristas, pudiendo tender a crear una administración de complacencia con el nivel político de actuación.

2.2. Crítica de la solución adoptada en el texto aprobado

La solución final adoptada, a juicio de Sánchez Morón,⁶ en una consideración de carácter general sobre el texto de la Ley aprobada, ha limitado el impulso reformista inicial, fruto de preocupaciones pragmáticas y de presiones de entidades y organizaciones determinadas. En lo relativo a los sistemas de provisión reputa el expresado autor, además de una consideración crítica respecto a la posibilidad de introducción en los tribunales de selección de miembros de sindicatos, con la que en el proyecto se pretendía poner coto al riesgo de clientelismo, que la solución adoptada ha sido muy poco innovadora.

Nos quedamos con esta consideración final, si bien entendemos que aunque pudo llegarse más lejos, existen en el texto aprobado suficientes innovaciones para entender que si bien la mecánica de la formas de provisión puede ser similar a las aún vigentes en la actualidad, aquélla no es neutra respecto al ulterior desempeño del puesto de trabajo, ya que la provisión no es sino el vehículo que posibilita dicho desempeño, y puede decirse que la filosofía que rezuma todo el proyecto es una desconfianza hacia la prestación de servicios de forma permanente en el puesto, entendiendo que no existe un derecho a la continuidad en aquél, y que la misma está condicionada a una evaluación positiva del desempeño (artículo 20.1), evaluación que, asimismo tiene incidencia para dirimir la provisión más adecuada.⁷ Entendemos que este elemento evaluativo junto a toda la filosofía que se trasluce en la norma –de la que hemos querido dejar constancia a través de la expresión de los antecedentes del proceso de elaboración de la Ley– pueden hacernos entender que, aun limadas en parte las ideas iniciales, estas se traslucen en todo el texto y en particular en el apartado de provisión que nos ocupa, que puede llevar a un modelo distinto tanto desde la óptica de las formas de ponderación del mérito y la capacidad, como de la estabilidad en el desempeño del puesto, y ello aunque

5. En la obra anteriormente citada se refiere al sistema pendular en que siempre se ha movido, en un debate entre el mérito y la antigüedad, con la dificultad de objetivar el primero.

6. SÁNCHEZ MORÓN en la obra anteriormente citada, p. 16.

7. En este sentido, es sumamente ilustradora la exposición de motivos del texto, que expresa:

“Elemento fundamental de la nueva regulación es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño de los empleados públicos, que

las administraciones públicas deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción en la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad o al rendimiento.”

hayan desaparecido propuestas como las de periodo de prueba inicial del puesto obtenido por concurso. En todo caso, vista en su conjunto la regulación de la provisión efectuada, sí que hemos de entender que existen importantes novedades, no tanto en la letra de la norma cuanto en el espíritu y en la globalidad de las instituciones reguladas, y en este sentido podemos señalar aspectos que aun no siendo todos relativos a la provisión de puestos tienen conexión con ella. En tal sentido podemos referirnos a los siguientes:

–La carrera horizontal, que tiende a evitar una excesiva movilidad, pero a la vez limita la promoción vertical.

–La evaluación del desempeño, antes aludida.

–La sustracción de determinados puestos a las formas de provisión ordinaria, como es la de los funcionarios directivos, acentuada con el establecimiento de la libre designación –a la que no se ha puesto límite y puede convertirse en el sistema ordinario de provisión, aspecto sobre el que tendremos oportunidad de insistir posteriormente.

–El establecimiento junto a las formas ordinarias de provisión de las denominadas provisionales, como es la comisión de servicios.

3. Provisión de puestos

3.1. Consideración preliminar

En la exposición de este capítulo seguiremos el mismo orden enunciativo que se ha establecido en los artículos 78 y siguientes de la Ley 7/2007, de 12 de abril. Como idea inicial hemos de expresar que el Estatuto, como ya se ha dicho, sólo configura dos formas necesarias de provisión, el concurso y la libre designación (artículo 78.2). La introducción de todas las demás previstas en el apartado 3 es potestativa para el legislador de desarrollo.

Se ha de insistir como idea inicial en la ya aludida al comienzo de la exposición de que se trata de unas bases mínimas que necesariamente han de ser objeto de desarrollo legislativo por las comunidades autónomas, rigiendo entre tanto las normas aún vigentes en la actualidad (número 2 de la disposición final 4). Se puede, por consiguiente, generar una gran diversidad normativa entre cada comunidad autónoma, con el único límite del respecto a

los principios constitucionales, de mérito, capacidad y publicidad, y la necesidad de instaurar los dos sistemas de provisión de concurso y libre designación.

3.2. Principios de provisión

3.2.1. Consideración general sobre la virtualidad de los principios

Sobre este particular el texto del artículo 78 explicita los principios que son comunes con el proceso selectivo, expresando que “las administraciones públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.

Los principios de mérito y capacidad en el sistema de provisión no se encontraban explicitados en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la provisión de puestos, pues solo se habían recogido los mismos en el proceso selectivo. Dichos principios tienen rango constitucional al referirse a ellos el artículo 103.3 de la Constitución española, al prever que la “ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”. El precepto, por otro lado, tiene conexión con el artículo 23.2 de la Constitución, que regula el derecho fundamental “a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

La aplicación del derecho a acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad en interpretación del Tribunal Constitucional afecta no sólo al proceso selectivo sino a momento ulteriores de la relación funcional, en este caso la provisión de puestos.⁸ En este sentido puede traerse a colación la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2004.⁹ Consecuencia de ello es que toda vulneración de tales principios tendrá la especial protección otorgada a los derechos fundamentales, ya en vía contenciosa, a través del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, o por la vía constitucional del recurso de amparo.

La precedente doctrina ha sido también seguida en la sentencia del propio Tribunal Constitucional de 13 de julio de 1998, de la que se desprende que los prin-

8. Esta cuestión fue estudiada por Germán FERNÁNDEZ FARRERES en “El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7/1993, p. 45-80.

9. Esta sentencia expresa que “las exigencias que derivan del artículo 23.2 de la CE, EDL 1978/3879, no se aplican sólo al momento

de acceso a la función pública, sino que, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se proyectan ‘también a todo lo largo de la duración de la relación funcional o asimilada’, [...] siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo” (STC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4).

cipios de acceso en condiciones de igualdad conforme al mérito y capacidad deben jugar también en el ámbito de provisión, aun cuando de dicha jurisprudencia se desprende que su virtualidad¹⁰ en el aspecto analizado es inferior propiamente a la del proceso selectivo al jugar en la provisión otros criterios diferentes, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un derecho de configuración legal por lo que ha de ser el legislador al que corresponde su determinación, pudiendo atender para su precisión a criterios de eficacia en los servicios o en la protección de otros bienes constitucionales.

El texto normativo que comentamos, según hemos expresado, ha recogido, así, los referidos principios, que de esta manera quedan definitivamente incorporados a los procesos de provisión en nuestro ordenamiento jurídico.

10. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de julio de 1998, que reputa que el artículo 23.2 de la Constitución constituye una manifestación específica del principio de igualdad en el ámbito de la función pública. Expresa la sentencia que el derecho al acceso en condiciones de igualdad a la función pública “es un derecho que actúa no sólo en el momento de acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional y por ello se ha afirmado que este derecho resulta también aplicable a la provisión de puestos de trabajo (STC 75/1983, 15/1988, 47/1989, 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, 87/1996). No obstante, también se ha sostenido que el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental (el acceso en condiciones de igualdad a la función pública –artículo 23.2 de la CE– de acuerdo con los principios de mérito y capacidad –artículo 103.3 de la CE–) no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la carrera administrativa, ya que en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido en condiciones de igualdad a la función pública –y, por tanto, que ya han acreditado el mérito y capacidad– cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales (STC 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, 87/1996)”.

La misma sentencia considera que en materia de provisión de puestos de trabajo “puedan valorarse criterios independientes de los que, en sentido estricto, derivarían del principio de igualdad que consagra el artículo 23.2, y encontrarnos, por otra parte, ante un derecho que es de configuración legal (STC 24/1990, 25/1990, 26/1990, 149/1990), es al legislador al que corresponde determinar en qué casos pueden tomarse en consideración esos otros criterios; criterios que, como se han indicado, siempre que se encuentren justificados en la mejor prestación de los servicios o en la protección de otros bienes constitucionales y no introduzcan discriminaciones personales constitucionalmente proscritas, serán compatibles con el derecho fundamental que garantiza el artículo 23.2 de la CE”.

Junto a estos principios ha de estarse en la materia que nos ocupa a los principios y criterios de autoorganización, con un amplio margen de decisión discrecional para configurar sus estructuras orgánicas. Lo expresa la citada sentencia, al decir que “el reconocimiento constitucional de la autonomía de los diversos entes territoriales que configuran el Estado conlleva que estas enti-

3.2.2. Contenido de los principios

No es momento de aludir a la concreta operatividad de cada uno de dichos principios, cuyo contenido y definición son comunes con los procesos selectivos, por lo que únicamente hemos de poner de relieve que los expresados principios en la configuración de los mismos que en cada caso se establezca en las bases de la convocatoria tienen más operatividad en la fases de provisión de puestos que en la selectiva, donde los sistemas de valoración de méritos no pueden tener una preponderancia tal que impidan la ponderación de la capacidad objetiva de todos los aspirantes a través de pruebas objetivas comunes para todos. En este sentido y únicamente con ánimo sistemático en cuanto que se trata de una cuestión más propia del análisis de procesos selectivos, hemos de aludir a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2005.¹¹

dades tengan su propia Administración pública y consecuentemente las competencias necesarias en materia de autoorganización. De ahí que este Tribunal haya venido afirmando que las administraciones públicas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar, o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio (STC 57/1990, 293/1993 y 9/1995)”.

De ello deduce el Tribunal que es lícito que la Administración autonómica no produce vulneración del derecho a la igualdad en el acceso, si en los concursos para la provisión de puestos de trabajo, conforme a lo establecido en la relación de puestos, no se permite la participación a funcionarios que no sean de la propia comunidad autónoma.

Para la sentencia del propio Tribunal de 19 de mayo de 1997, núm. 96/1997, el derecho de igualdad que nos ocupa “proscribe ya la determinación de requisitos que traduzcan desigualdades arbitrarias (STC 75/1983, 50/1986, 148/1986, 192/1987, 193/1987, 75/1988 y 67/1989), ya la fijación de reglas y condiciones rectoras del acceso de las que en modo alguno puedan predicarse las notas de generalidad y abstracción, por implicar, en virtud de su individualización y concreción, verdaderas acepciones o, *sensu contrario*, pretericiones *ad personam* (STC 42/1981, 50/1986, 148/1986, 18/1987, 67/1989, 27/1991, 93/1995 y 11/1996), ya, finalmente, la transgresión de las bases del procedimiento de selección en detrimento de algunos de los en él intervinientes (STC 115/1996)”.

11. Esta sentencia analiza la siempre recurrente cuestión de las medidas que se adoptan siempre usando fórmulas de “por una sola vez” o similares –lo que siempre se ha demostrado falso y buena prueba de ello es que también la disposición transitoria 4 del Estatuto, que nuevamente reabre la posibilidad de que se reabran tales procesos de consolidación, siempre configurados como excepcionales– que tienden a consolidar el empleo del personal interino, llegando a la conclusión entre la ponderación del mérito que ha supuesto la prestación de tales servicios y la capacidad general de los aspirantes, tratándose de pruebas libres, no restringidas, que tal ponderación de méritos no puede efectuarse de forma tal que haga ilusorio el derecho de acceso de todos los candidatos en condiciones de igualdad. Como muestra de esta sentencia hemos de traer a colación parte de su contenido, expresando:

“Como reconoce sobre este motivo la sentencia recurrida, el hecho de ampararse la convocatoria del concurso de méritos en el artículo 39 de la Ley 50/1998, EDL 1998/46308, no supone ni impli-

Esta idea hasta ahora sólo expresada jurisprudencialmente de que la valoración de méritos no sea por sí misma determinante del proceso selectivo ha sido expresamente recogida en el artículo 61.3 del nuevo Estatuto, lo que en sí mismo es plausible.

Sin embargo, en fase de provisión debemos, por el contrario, entender que tiene un valor preponderante la valoración de méritos, propia de sistemas de concurso, frente a la determinación de la capacidad en pruebas objetivas, determinable ordinariamente a través del sistema de oposición.

En lo que respecta a la publicidad, hemos de decir que se trata de un principio también común a los procesos selectivos y la misma es la forma que hace efectiva la posibilidad de participación de todos los funcionarios interesados en los procesos de provisión. La publicidad constituye un mínimo imprescindible en todos los procesos de provisión incluso en aquellos en que las libertades de apreciación discrecional son más amplias, como es el procedimiento de libre designación. Por ello el artículo 76.2 reitera tal principio para este sistema de provisión al expresar que el mismo se ha de efectuar “con convocatoria pública”. Sobre la virtualidad de este principio hemos de traer a colación la sentencia antes citada del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2004¹² y las que en ella se citan, que hacen exigible el principio de publicidad como garantía de la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes, a diferencia de lo que ocurre respecto a los nombramientos de personal eventual.

Todos estos principios y acervo doctrinal ante la parquedad de la regulación contenida en el precepto cuya exégesis realizamos deberán, sin duda, tener proyección en la legislación estatal y de las comunidades autónomas que necesariamente debe dictarse para la operatividad de las bases contenidas en el Estatuto.

3.3. Procedimientos de provisión regulados en el Estatuto

Como ya se ha expresado, el texto de la Ley es sumamente parco en la regulación de los procedimientos, incluyendo sólo dos formas de provisión necesaria:

ca la legalidad de las órdenes impugnadas, pues como establece el artículo, *en la convocatoria de procesos selectivos para la sustitución de empleo interino o consolidación de empleo estructural y permanente, se ha de operar de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad exigidos para el acceso de la función pública*, tanto por la Constitución como por el precepto legal que sirve de base a la orden recurrida, lo que no ha sucedido en este caso y justifica la desestimación del motivo.”

12. La sentencia, que por su importancia se transcribe a continuación, expresa:

el concurso y la libre designación. Las formas de provisión previstas en el artículo 76.3 son sólo formas posibles en abstracto, pues corresponde al legislador de desarrollo, potestativamente, la introducción de las mismas. Ello puede dar lugar a una gran diversidad en la legislación resultante y, por otro lado, ante tal parquedad en la regulación nos obliga a efectuar una labor de integración de las previsiones, poco más que principios, del Estatuto con el contenido de las normas y doctrina actuales sobre las instituciones objeto de estudio.

En todo caso, los sistemas de provisión previstos en el artículo 79.3 son meramente potestativos, por lo que la legislación de desarrollo del Estatuto podrá o no establecer los mismos, siendo los dos únicos sistemas de provisión ordinarios que preceptivamente han de aplicarse el concurso y la libre designación.

3.4. El concurso como sistema ordinario de provisión

Ciertamente se configura como el sistema normal frente a la libre designación. En la génesis del texto del Estatuto ya vimos como en el informe de la Comisión de Expertos existía cierta desconfianza a esta forma de provisión, a la que se atribuye cierta rigidez e impide evaluar otros aspectos distintos a los méritos de los candidatos, debiendo atenderse –siempre en la consideración del informe de la Comisión– antes a la evaluación del rendimiento, o a la realización de entrevistas o “tests” de selección, unido a otras propuestas ya aludidas, como es el nombramiento para el desempeño temporal de los puestos o la introducción de un período de prueba, que no han sido finalmente seguidas –posiblemente por el propio carácter de mínimos que se ha impuesto el Estatuto y que no impide su ulterior desarrollo en la legislación complementaria del mismo–, mas sea como fuere el concurso prosigue como sistema ordinario de provisión de puestos, con prioridad frente al otro sistema de provisión previsto como necesario en el Estatuto que es la libre designación y que sólo se establece como sistema adecuado, de conformidad con los que se determinen en la legislación de desarrollo, respecto a los puestos que entrañen una “especial responsabilidad o confianza” (artículo 80.2).

“la jurisprudencia citada ha considerado, en efecto, que en los casos de libre designación, la publicidad de las convocatorias es precisamente garantía de la igualdad de oportunidades (STC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 12), subrayando que el contenido del principio de igualdad ‘queda suficientemente cubierto con la garantía de la publicidad de las correspondientes convocatorias’. Distinto es el supuesto del nombramiento de funcionarios eventuales (artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública) al que se refiere la STC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 3, u otros regímenes singulares que ahora no importan.”

3.5. Determinación de los sistemas de provisión y criterios y elementos que han de expresarse para optar por los sistemas no ordinarios de provisión de puestos

La determinación de los sistemas de provisión se ha de efectuar, como es conocido, en las relaciones de puesto de trabajo, tal y como se prevé expresamente en el artículo 74 del texto en la actualidad vigente de la Ley 7/2007, de 7 de abril, precepto que establece en forma análoga al régimen vigente con la Ley 30/1984,

13. El artículo 74 se inserta dentro del capítulo II del título V, con la denominación de estructuración del empleo público, que supone la ordenación de recursos humanos, clasificando los puestos de trabajo, con transcendencia, entre otros, en la selección de los funcionarios, en la movilidad de los mismos y en lo que ahora nos afecta en la provisión. Dicho artículo literalmente establece:

“Las administraciones públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que 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. Dichos instrumentos serán públicos.”

14. Los fundamentos de derecho 4 y 5 de la sentencia dicen así, en lo que guarda relación con la cuestión planteada:

“la jurisprudencia de esta sala, en sentencia de 7 de mayo de 1993, que se reitera en la sentencia de 10 de abril de 1996, ha señalado que los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la función pública (que forman parte integrante de las bases del régimen estatutario aplicable a todas las administraciones públicas, con arreglo al artículo 1.3 de dicha Ley), marcan importantes matices entre el sistema de selección aplicable al ingreso al servicio de la función pública y el tenido en cuenta para la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya ostentan la condición de funcionarios. En el primer supuesto (acceso a la función pública), el sistema selectivo opera omnicomprensivamente ‘mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garantizan, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad’ (artículo 19.1). En el segundo supuesto, la provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios prevé el concurso como sistema normal de provisión, en el que se tendrán únicamente en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad (artículo 20.1).

“Haciendo una síntesis de la normativa reseñada puede afirmarse que el sistema de libre designación previsto en la Ley difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio, ya que su perfil viene delimitado 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

que entre su contenido mínimo debe existir, entre otros aspectos, el relativo a “los sistemas de provisión”.¹³

Sobre la necesidad de motivar las formas de provisión distintas al concurso se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es la sentencia de 30 de marzo de 2007.¹⁴ Este criterio ha sido seguido por otras sentencias del propio Tribunal, como es la de 6 de febrero de 2008, la de 19 de marzo de 2008,¹⁵ la de 7 de abril de 2008 o la de 2 de julio de 2008.¹⁶ De todo ello se colige que no basta, como a

incluir, ‘en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos’ y serán públicas.

“Con arreglo a esta doctrina y como reconoce la sentencia recurrida, podemos afirmar que no se ha exteriorizado una justificación suficiente para que sea asumible la tesis de que el puesto de trabajo de oficial mayor implique la especial responsabilidad determinante de cubrirlas mediante libre designación, ya que el cumplimiento de los requisitos objetivos señalados en el artículo 27.1 del Real decreto 1732/1994, no implica su adecuación a los subjetivos, ni puede justificarse que las funciones de dirección y especial responsabilidad deriven de la normativa citada, siendo lo cierto que las funciones atribuidas o que quepa atribuir al puesto de oficial mayor no se han explicitado, razones que permiten rechazar los motivos primero y segundo de la Excm. Diputación de Toledo y el único motivo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.”

Reputa también la sentencia que esta doctrina no se opone a la sentada en la propia sentencia de 3 de enero de 1996, expresando al respecto:

“La sentencia citada en el motivo fue dictada por esta misma Sección en el recurso núm. 607/93 al enjuiciar el Real decreto 731/1993 de 14 de mayo, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de la Administración local con habilitación nacional. Dicha sentencia no avala las conclusiones a que llega la Diputación Provincial recurrente, sino que partiendo de la doctrina general antes expuesta, no aprecia ilegalidad en la adopción del sistema de libre designación, bajo ciertas condiciones, para cubrir determinados puestos reservados a los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, por lo que no se entiende vulnerada la doctrina dimanante de dicha sentencia, que es citada como infringida.

“Lo que el recurrente pretende es que cumplidas las prescripciones formales exigidas por la norma, quede enervada la necesidad de acreditar suficientemente que en el puesto controvertido concurren el marcado carácter directivo y especial responsabilidad exigido por la norma para poder aplicar este sistema que, debe recordarse, tiene un carácter excepcional, por lo que procede desestimar el motivo.”

15. Esta sentencia, acogiendo los razonamientos de la sentencia impugnada en casación, expresa:

“En el supuesto enjuiciado y previo examen del expediente no consta la memoria que hace valer la demandada en el escrito de contestación y si hay un informe desfavorable de la Asesoría Jurídica General en sentido coincidente con la posición del sindicato ahora demandante. Por otro lado y vista la exposición de motivos del Decreto 63/2002 impugnado (documento 8 del expediente), en la misma (último párrafo especialmente) no hay mención a la memoria técnica justificativa citada en el escrito de contestación. [...] Siendo así las cosas habrá que concluir con una falta de memoria técnica justificativa y si ello es así no hay la base que emplea el

veces pretende la Administración, con efectuar una justificación en abstracto con fórmulas más o menos estereotipadas, sino que se trata de determinar si concurren los elementos reglados, cuales son los supuestos de especial responsabilidad y confianza que en la actualidad configura el artículo 80.3, en el que posteriormente incidiremos con mayor detalle al estudiar la forma de provisión por libre designación. Es decir, que se trata de que, aun dotada de una gran discrecionalidad la opción por el sistema de libre designación, ello no exonera que quede plenamente justificada la concurrencia de las causas que justifican la opción por dicho sistema no ordinario de provisión. Es decir, que ha de acreditarse que concurre “la especial responsabilidad y confianza” prefigurada en el artículo 80.2 de la Ley 7/2007 –y que antes que elementos reglados parece responder a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados– para justificar la opción por el sistema de libre designación. La excepcionalidad del sistema determina, por lo tanto, que han de quedar perfectamente acreditadas en la relación de puestos –instrumento en el que se determina el sistema de provisión aplicable– las causas que justifican su opción por el mismo.

Ha de tenerse en cuenta que junto al concurso ordinario se encuentra en la actualidad regulado en normas reglamentarias, no en la legislación básica

letrado de la demandada para explicar la justificación de las determinaciones de la RPT sobre cobertura de puestos por libre designación y concurso específico. Como esa justificación no cabe extraerla de los informes o de la exposición de motivos del decreto sucede que son desconocidas las razones de que se ha servido la Administración para emplear aquellos sistemas de cobertura.

“Sentado eso habrá que afirmar que el ejercicio de las potestades discrecionales de autoorganización en este caso es arbitrario y a la postre contraviene el artículo 9.3 de la Constitución, EDL1978/3879, y 103.1 de la misma en relación con las disposiciones autonómicas citadas más arriba. Ello es constitutivo de un supuesto previsto en el artículo 62.2 de la Ley de régimen y procedimental 30/1992, y en atención a lo dispuesto en los artículos 68.1.b), 73.2 y 74.1.a) de la Ley jurisdiccional 29/1998 la pretensión anulatoria parcial de la demanda ha de ser acogida.”

16. “En efecto, tratándose de diversas jefaturas de servicio y de sección en la Consejería de Ganadería, Agricultura y Pesca, así como de un puesto de auxiliar de secretaría en la Secretaría General de esa misma consejería, lo cierto es que la modificación de la relación de puestos de trabajos que acoge la determinación controvertida no anuda a tales jefaturas de servicio, ni desde luego a las jefaturas de sección, la realización de funciones de dirección o de especial responsabilidad que justifiquen su provisión mediante libre designación. Y tal falta de justificación es igualmente predicable en lo que se refiere al puesto de auxiliar de secretaría en la Secretaría General, pues en la relación de puestos de trabajo no se dice, ni ha quedado justificado de otro modo, que dicho puesto de auxiliar de secretaría tenga asignadas funciones que permitan su asimilación a las secretarías de altos cargos para las que los mencionados artículos 20 de la Ley 30/1984, EDL1984/9077, y 51.2 del Reglamento aprobado por el Real decreto 364/1995, EDL1995/13303,

del Estado, el concurso específico (que está previsto para la Administración del Estado en el artículo 45 del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.¹⁷ El establecimiento de esta modulación del concurso no es una consecuencia obligada del Estatuto básico, mas es previsible que subsista en la normativa de desarrollo de dicho Estatuto, dada la carta de naturaleza que el mismo ha cogido en nuestra legislación, y en cuanto que permite la ponderación de méritos adecuados a los puestos a cubrir, suponiendo una adaptación de dichos méritos al perfil específico exigido para el desempeño del puesto.

Para la adopción de esta forma específica de provisión, en cuanto que constituye una excepción a la regla general de los concursos ordinarios, se considera en decisiones jurisdiccionales –no hemos hallado al respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo– que su adopción no es libre para la Administración, sino que tendrá que motivar la especial naturaleza de los puestos a cubrir, y la concurrencia de las causas que justifican la excepción al sistema general de provisión que es el concurso.

sí contemplan esta singular forma de provisión. En consecuencia, tampoco este último motivo de casación puede prosperar.”

Es decir, no se acepta la tesis de la recurrente de que, por exclusión de otros funcionarios, por su propia naturaleza quienes representan la jefatura de un servicio están ejerciendo un puesto del máximo nivel directivo y de responsabilidad, sino que sería preciso demostrar fehacientemente en la relación de puestos de trabajo las circunstancias especiales que justificarían en su caso la provisión por libre designación, tal como reiteradamente afirma la sentencia recurrida en sus fundamentos jurídicos, que no podemos sino acoger y confirmar, y que recoge la falta de motivación de la concurrencia de estas circunstancias a lo largo del expediente. Por eso ha de rechazarse este motivo, como también en cuanto al supuesto incumplimiento por la sentencia de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, EDL1889/1, o de la jurisprudencia de esta sala. Al contrario, esta doctrina es coherente con la establecida en las sentencias de 17 de septiembre (casación 5466/2002), 16 de julio (casación 2792/2004), 28 de mayo (casación 2392/2003), 23 de abril (casación 8012/2003), 30 de marzo (casación 3720/2000), 12 de marzo (casación 1620/2002), 5 de febrero (casación 6336/2001) y 22 de enero (casación 7310/2001), todas ellas de 2007.

17. El precepto citado en su apartado 2 expresa:

“En estos supuestos, en la convocatoria figurará la descripción del puesto de trabajo, que deberá incluir las especificaciones derivadas de la naturaleza de la función encomendada al mismo y la relación de las principales tareas y responsabilidades que lo caracterizan. Asimismo, deberá fijar los méritos específicos adecuados a las características de los puestos mediante la delimitación de los conocimientos profesionales, estudios, experiencia necesaria, titulación, en su caso, y demás condiciones que garanticen la adecuación para el desempeño del puesto.”

3.6. Exégesis del artículo 79 respecto al contenido del concurso

Dada la concisión de la regulación del Estatuto de esta forma de provisión, deberemos completar sus determinaciones con la doctrina acuñada al momento actual sobre este sistema ordinario de provisión, debiendo además incidir en las principales novedades que dimanarían del contenido de la nueva regulación.

El contenido del artículo 79 se puede sistematizar de la siguiente forma:

a) Determinación de los “méritos y capacidades, y en su caso aptitudes”, lo que nos sitúa en el papel de las bases de la convocatoria, como especial cauce de ordenación del sistema de provisión.

b) El carácter de los órganos que han de juzgar el proceso selectivo, cauces de fiscalización de sus decisiones y las novedades de su composición.

c) La pérdida sobrevinida del puesto desempeñado, particularmente en los supuestos de remoción.

3.7. La determinación de los méritos en las bases de la convocatoria y naturaleza de las mismas

Son las bases de la convocatoria las que han de determinar los concretos méritos a ponderar en cada procedimiento de provisión. Sobre este particular ha de decirse que las bases suelen constituir el cauce exclusivo para la precisión de tales méritos, con lo cual puede quedar al arbitrio de la Administración su determinación en cada caso en función de las circunstancias específicas concurrentes, de una forma *ad hoc*, lo que puede conllevar a la no-participación de múltiples posibles interesados, dado el dibujo excesivamente marcado de un perfil concreto en dichas bases. En este sentido parece asumible la crítica que efectuaba la Comisión de Expertos en el apartado 52 de su informe, que quedó referido en los apartados precedentes, por lo que sería exigible que

la determinación se efectuara de una forma abstracta y que las bases se encontraran vinculadas a la determinación que al respecto se pudiera efectuar en momentos previos, como pudiera ser en la relación de puestos de trabajo.

Precisado este carácter de las bases en orden al establecimiento de los méritos, hemos de incidir en cuál sea su naturaleza jurídica, cuestión que ha de abordarse desde la doctrina jurisprudencial existente al respecto, ya que como es del todo punto obvio el EBEP no puede pronunciarse sobre esta cuestión. Al respecto ha de decirse que las bases de la convocatoria no son propiamente fuente del ordenamiento jurídico, al carecer del carácter de disposición general¹⁸ sin perjuicio de que las mismas se constituyan en expresión gráfica acuñada por la jurisprudencia, la ley por la que se rige la misma. Así es criterio jurisprudencial uniforme, manifestado entre otras en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1987 y 14 de septiembre de 1988, que las bases de la convocatoria de un concurso o pruebas selectivas constituyen la Ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y resolución de la misma, de tal manera que, una vez firmes y consentidas, vinculan por igual a los participantes y a la Administración, así como a los tribunales y comisiones encargadas de la valoración de los méritos, no pudiéndose modificar sino de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de 26 de noviembre de 1992. En términos análogos se expresa la sentencia de 23 de mayo de 1987.¹⁹

De esta forma es una cuestión pacífica que las bases no son normas reglamentarias, por lo que no cabe efectuar una suerte de impugnación indirecta de las mismas en momentos posteriores del proceso selectivo, rigiendo el carácter de acto consentido de las mismas. No obstante, existen en determinadas hipótesis supuestos de impugnabilidad de las bases,

18. En este sentido se pronuncia el auto del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1995, Recurso núm. 5566/1994, que expresa la tesis expuesta, y el cual se manifiesta en los siguientes términos:

“Hay que recordar que es jurisprudencia de esta sala que siendo la convocatoria de concursos y oposiciones para el acceso a la función pública una de las rúbricas más características del amplio campo de las cuestiones de personal, en su marco jurídico quedan comprendidos tanto el acto final resolutorio del concurso como los de convocatoria y aprobación de las bases reguladoras de su celebración; debiendo destacarse que dichas bases reguladoras no tienen el carácter de ‘disposición general’ que les atribuye el recurrente, única opción que permitiría, en su caso, el acceso a la casación a través del artículo 93.3 de la LJCA (cfr. sentencias del Tribunal Supremo, 3ª, de 11 de junio de 1983, 25 de abril de 1985, 24 de enero de 1991 [RJ 1991\430]; Auto del Tribunal Supremo, 3ª, 7ª, de 28 de febrero de 1995).”

19. “No puede estimarse suficiente y ello tanto por la falta de reclamación contra esa omisión en el momento oportuno, lo que convierte las bases concursales en inimpugnables, con todas las circunstancias que las rodean, según una reiterada doctrina que estima que los actos de convocatoria de concursos, en cuanto actos administrativos generales que son, con destino a una pluralidad de administrados (sentencias de 20 de mayo de 1981, 11 de junio de 1983 y 25 de abril de 1985), constituyen la ley del concurso que obligan tanto a la Administración convocante, como a quienes, convocados, las acatan y solicitan tomar parte en el mismo (sentencia de 26 de marzo de 1985), cuanto porque la rectificación sólo constituye una explicitación de disposiciones en vigor, aplicables al concurso cuestionado, al que expresamente se sujetaba, como era obligado, el mismo; es más, la recurrente [...] acató la rectificación operada [...] al no impugnarla.”

en casos de posible nulidad de pleno derecho de sus determinaciones como consecuencia de vulnerar derechos constitucionales u otros supuestos de nulidad de pleno derecho. Mas esta doctrina no sería tanto aplicable desde una perspectiva de impugnación indirecta, no posible a no ser que atribuyéramos a las bases de la convocatoria naturaleza reglamentaria, cuanto desde la consideración de encontrarnos ante supuestos de vulneración de derechos fundamentales, cuyos efectos de nulidad de pleno derecho no pueden purgarse por el mero transcurso del tiempo, sin que sea oponible a los mismos la doctrina del acto consentido y firme, teniendo en cuenta que se trata de hacer efectivo el derecho a acceso en condiciones de igualdad a empleos y cargos públicos, cuya efectividad tiene una virtualidad expansiva por más que se trate de derechos de configuración legal.

Dicha doctrina se ha fijado en la sentencia del Tribunal Constitucional 93/1995,²⁰ de 19 de junio, y las que en ella se citan. Su posible aplicación es obvio que abre cauces de impugnación de las bases, en momentos ulteriores a su aprobación, que pueden estar no suficientemente perfilados, en los supuestos restringidos de vulneración de derechos fundamentales a que nos hemos referido.

3.8. Contenido de los méritos a valorar

En el artículo 79.1 se refiere como objeto de la valoración en las bases no sólo los méritos, que es el objeto propio del concurso, sino que se abre a la posibilidad de ponderación de otros aspectos como es la referencia a las “capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos”. Con ello se abre a la posibi-

lidad de complementar la valoración de los méritos, la capacidad es inherente al mismo, con la idea novedosa de la aptitud, que puede tender a determinar la idoneidad del candidato para el desempeño del puesto. Se pretende con todo ello mitigar, siguiendo en este aspecto la idea expuesta por la Comisión de Expertos, a la que ya se hizo anteriormente referencia, la supraponderación de los méritos como elemento preponderante para la resolución del sistema de provisión. Ello apunta a la posibilidad de introducción de entrevistas, memorias o incluso pruebas complementarias diferentes al mero automatismo del concurso como elemento de valoración de méritos. Sin embargo, esta idea no es tan novedosa pues ya se encontraba esbozada en el artículo 44.c) del Reglamento de provisión de puestos de trabajo, que expresamente alude a la valoración del trabajo desarrollado y los rendimientos y aptitudes respecto a los puestos anteriores.²¹ Esto conlleva a la posibilidad de que existan múltiples diseños del sistema de concursos, no sólo el específico junto al ordinario como acontece en la actualidad, quedando diferido a lo que se establezca en la legislación de desarrollo, que podrá, así, proceder a desdibujar la configuración tradicional del concurso como sistema que tiende básicamente a la ponderación de los méritos.

Otros elementos a considerar son la evaluación del desempeño, común a la carrera administrativa –artículo 20.3–, pero que incide como elemento valorativo para la obtención de puestos, aunque ya estaba presente en el anteriormente citado artículo 44.c) del aún vigente Reglamento de provisión de puestos de trabajo, que permite introducir como mérito la valoración del trabajo desarrollado. La evaluación del

20. Esta sentencia plantea el supuesto fáctico en los siguientes términos:

“En este sentido, todo el problema se reconduce a examinar si el hecho de que los demandantes no recurrieran en su día las bases es obstáculo para plantear ahora, ante este Tribunal, un recurso de amparo por lesión de sus derechos fundamentales contra los actos de aplicación de dichas bases por la razón de que aquellas se consideran inconstitucionales. En definitiva, sí es posible un recurso indirecto sobre las bases sin que la presente demanda de amparo incurra, ahora, en extemporaneidad.”

Y, remitiendo a la sentencia 193/1987, rechaza la causa de inadmisibilidad diciendo que:

“Aunque es cierto que la presunta lesión de los derechos fundamentales invocados tiene, según afirma el mismo demandante, su causa remota en las bases del referido concurso y, más aún, en las normas en que tales bases se apoyan, no lo es menos que la lesión sólo pudo haberse producido, de manera efectiva, a través de la orden ministerial impugnada, que nombró secretario del Ayuntamiento de León a persona distinta del solicitante de amparo, dado que en el proceso de amparo, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, no se lleva a cabo un enjuiciamiento abstracto de las normas, sino que tiene como finalidad específica el restablecimien-

to o reparación de las lesiones concretas causadas por actos de los poderes públicos en la esfera de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los ciudadanos, es obvio que sólo a través de un acto como la orden aquí impugnada pudo menoscabarse la esfera citada, ya que, aun suponiendo que las bases y las normas en las que se apoyan fueran inconstitucionales, si el nombramiento de secretario del Ayuntamiento de León hubiera recaído en el ahora solicitante de amparo, no habría lugar a plantearse la reparación de los derechos presuntamente vulnerados. En consecuencia, procede rechazar el motivo de inadmisibilidad alegado y entrar en la cuestión de fondo debatida (fundamento jurídico 2).”

21. El precepto citado expresa concretamente lo siguiente:

“La valoración del trabajo desarrollado deberá cuantificarse según la naturaleza de los puestos convocados conforme se determine en la convocatoria, teniendo en cuenta el tiempo de permanencia en puestos de trabajo de cada nivel y, alternativa o simultáneamente, en atención a la experiencia en el desempeño de puestos pertenecientes al área funcional o sectorial a que corresponde el convocado y la similitud entre el contenido técnico y especialización de los puestos ocupados por los candidatos con los ofrecidos, pudiendo valorarse también las aptitudes y rendimientos apreciados a los candidatos en los puestos anteriormente desempeñados.”

desempeño del puesto se convierte en auténtico eje rector de la reforma legislativa,²² pudiendo una evaluación negativa determinar la remoción del puesto de trabajo. La forma en que se efectúe dicha evaluación no se encuentra determinada, difiriéndose a la legislación del desarrollo. En fin, aunque no corresponde a esta ponencia el estudio de esta materia por ser objeto de un capítulo diferente, no debemos de dejar de aludir a ello ya que uno de los elementos más relevantes de la misma es la incidencia que tiene en el derecho de acceso al puesto e incluso la posibilidad de continuar en el mismo (artículo 20.4).

3.9. Especial consideración de la entrevista integrada en los procesos de concurso

Sin duda, entre los elementos a considerar para la valoración de las aptitudes de los aspirantes, ya que es una de las ideas inspiradoras del Estatuto básico, según se expresa en el dictamen de la Comisión de Expertos, es romper el automatismo a que puede conllevar el concurso de aplicarse estrictamente la valoración de los méritos de los aspirantes, es efectuar entrevistas.²³ Dada la parquedad de la regulación del Estatuto no se ha recogido en el texto del mismo esta posibilidad de introducción de entrevistas, mas es previsible que la legislación de desarrollo las recoja, encontrándose ya plasmada en la regulación actual,²⁴ por lo que ha venido a tener gran importancia en las pruebas selectivas y procesos de provisión de puestos de trabajo que se vienen desarrollando.

En relación con esta prueba, se ha de decir que si bien la misma puede tender a complementar los méritos ya existentes en los concursantes, como un elemento añadido tendente a explicitar dichos méritos, es lo cierto que en la práctica entraña graves riesgos, en cuanto puede tender no tanto a cohonestarse con los méritos previos ya alegados por los aspirantes, sino como una fase autónoma, con un grave “déficit” de documentación del resultado de la misma, lo que impide su fiscalización jurisdiccional, en cuanto que no se concretan en las actas las causas o razones que han

llevado al Tribunal a efectuar una determinada valoración que puede alterar de forma significativa el resultado de pruebas precedentes. Debe por lo tanto entenderse que ha de subsistir en dicha forma de provisión de puestos su carácter complementario respecto a las demás fases del proceso selectivo o de provisión de puestos, en la forma que se consigna en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1993, que ha expresado que con la entrevista “se trata tan sólo de un medio de comprobación de los méritos alegados, y en tal sentido sirve para hacer efectivos los principios de mérito y capacidad”.

El carácter complementario de la entrevista se ha expresado en diversas disposiciones, como ha sido el artículo 4 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 Administración local, que abunda precisamente en esta idea de accesoriidad de la entrevista para la valoración del currículum previamente aportado, al establecer que “en los sistemas de concurso o concurso-oposición podrán establecerse entrevistas curriculares”.

En el mismo sentido de la complementariedad de la entrevista dentro de la fase de concurso se ha configurado en nuestro ordenamiento jurídico en otros supuestos, cuales son las convocatorias para el ingreso en la carrera judicial como magistrado (artículo 313 de la LOPJ), o para la selección del personal universitario (artículos 33 y siguientes de la Ley orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria).

De esta forma, sin perjuicio de la capacidad normativa que corresponde a cada legislador de desarrollo del texto del Estatuto, ya que la entrevista no se encuentra configurada como forma autónoma de provisión de puestos de trabajo en el artículo 78.3 del Estatuto, deberá tenderse a que subsista la configuración de la misma en su forma actual, para no desdibujar el sistema de concurso, en el que se ha de tender por su propio concepto a la valoración de los méritos concurrentes en los aspirantes, y no como una fase autónoma no integrada en el conjunto del

22. No corresponde a este estudio su desarrollo, si bien se alude a ello en cuanto que en la reforma operada se concibe como uno de los elementos fundamentales a ponderar en los sistemas de provisión.

23. En este sentido expresa el informe en su apartado 53:

“También sería aconsejable realizar entrevistas o ‘tests’ de selección, siempre que se encomienden a profesionales especializados, o acudir a la valoración de memorias, proyectos o simulaciones.”

24. Se encuentra en la actualidad prevista en el artículo 5.2 del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, en relación con los procesos selec-

tivos, y en el 45.1 del mismo texto reglamentario para los concursos de provisión de puestos de trabajo. Este último precepto previene:

“Cuando, en atención a la naturaleza de los puestos a cubrir, así se determine en las convocatorias, los concursos podrán constar de dos fases.

“En la primera se valorarán los méritos enunciados en los párrafos b), c), d) y e) apartado 1 artículo anterior conforme a los criterios establecidos en el mismo. La segunda fase consistirá en la comprobación y valoración de los méritos específicos adecuados a las características de cada puesto. A tal fin podrá establecerse la elaboración de memorias o la celebración de entrevistas, que deberán especificarse necesariamente en la convocatoria.”

sistema de provisión, ya que ello, según se encarga de esclarecer la praxis diaria, entraña graves riesgos de alteración, sin una suficiente fundamentación, del resultado de los méritos aportados, lo que puede entrañar un grave riesgo de inseguridad jurídica y por supuesto una vulneración de los principios de mérito y capacidad.

3.10. Las comisiones de valoración en el Estatuto básico del empleado público

3.10.1. Contenido general del artículo 79 del Estatuto básico en relación con las comisiones de valoración

Dispone al respecto el artículo 79 del Estatuto que la valoración de méritos se efectuará por “órganos colegiados de carácter técnico. La composición de estos órganos responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad”.

Una de las ideas más importante es la relativa a que ha de tratarse de órganos de carácter técnico, lo que unido a la necesidad de profesionalidad y especialización de sus miembros nos lleva a la idea de que en el mismo no puede estar presente personal de elección o de carácter político, en forma similar a la que se formula expresamente en el artículo 60.2 respecto a los procesos selectivos. En otro caso, el carácter técnico del órgano y la profesionalidad y especialización del mismo no quedarían garantizados. Por otro lado, no alcanzamos a ver por qué iba a existir un tratamiento diferenciado de la selección respecto a la provisión, cuando los principios que rigen uno y otro procedimiento, la valoración del mérito y capacidad como derecho fundamental, son comunes a ambos.

Sí podrán, por contra, participar miembros de los sindicatos, ya que frente a lo que se expresaba al respecto en el informe de la Comisión de Expertos, apartado 41 de su dictamen, sobre la necesidad de que no formarán parte de los tribunales o comisiones representantes sindicales, el texto finalmente aprobado no ha seguido este criterio, y ello fue debido según se deduce del examen de los diarios de sesiones del Congreso a una propuesta de Izquierda Unida, adoptándose finalmente la supresión que figuraba en el proyecto de exclusión de estos representantes. El texto vigente no hace referencia alguna

a dichos representantes sindicales, por lo que ha de entenderse que los mismos pueden participar en los tribunales. En todo caso, aun presentes los representantes sindicales, los miembros designados por éstos deberán tener los requisitos de idoneidad precisos, que han de ser comunes a todos los miembros, por lo que ha de tratarse de personal que reúna los requisitos precisos de especialización, para garantizar el carácter técnico y profesionalidad que siempre ha de predicarse de las comisiones. En todo caso el riesgo de clientelismo que fue la causa de la propuesta de exclusión de los reiterados representantes sindicales subsiste en el texto aprobado.²⁵

En la Administración local la no-participación de personal político en tribunales de pruebas selectivas tiene una gran relevancia, ya que, conforme al artículo 4.f) del Real decreto 896/1991, correspondía la presidencia de los tribunales al alcalde del respectivo ayuntamiento. Ha de entenderse también que el precepto comentado tiene incidencia en el artículo 4.e) del propio Real decreto, que al expresar que la composición de los tribunales será “preponderantemente técnica” permitía la participación de representantes de los grupos políticos en dichos tribunales, lo que ahora no será posible ya que en la actualidad la composición debe ser exclusivamente técnica –no preponderantemente–, sin participación de personal político alguno.

3.10.2. Carácter de las resoluciones de los tribunales y cauces de impugnación de las mismas

Esta cuestión obviamente no se encuentra en el texto estatutario que analizamos, mas se trata de un aspecto relevante a considerar, que no sufrirá alteración cualquiera que sea el contenido de la legislación de desarrollo, por cuanto que se trata de la propia naturaleza de las decisiones de los tribunales y comisiones en procesos selectivos y de provisión de puestos de trabajo. Por ello, para dar una visión más de conjunto de los diversos aspectos que se suscitan en los sistemas de provisión, hemos de analizar las posibilidades de revisión de las resoluciones de dichos órganos.

Como idea inicial hemos de partir del elemento más característico de toda su actuación, cual es la discrecionalidad técnica de sus actuaciones.

En el perfil jurisprudencial de la referida discrecionalidad técnica de los tribunales, ha de decirse que la misma se encuentra reconocida en una amplia jurisprudencia.²⁶ Ello, no obstante, no supone

25. Esta cuestión es censurada por SÁNCHEZ MORÓN en la obra antes citada, p. 21.

26. Como exponente de esta jurisprudencia hemos de referirnos a las sentencias de 11 de noviembre de 1992 y de 27 de marzo de 1992, que declaran que tal discrecionalidad técnica encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad de los componentes del tribu-

nal calificador, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en las pruebas realizadas, de suerte que los tribunales de justicia no pueden convertirse, por sus conocimientos, o por los aportados por una prueba pericial, en un segundo tribunal calificador, que revisen todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo por sus criterios de calificación lo que en virtud de esa

que tal discrecionalidad sea extensible a toda su actuación, ya que debemos referirla exclusivamente a la valoración de los ejercicios, no a la interpretación de las bases, de ahí que su juego es más limitado en el ámbito de los concursos, en que se trata ordinariamente de la ponderación de elementos reglados tendentes a la valoración de los méritos, si bien puede tener un papel más importante en cuanto que la legislación de desarrollo del Estatuto básico pueda introducir pruebas complementarias dentro de lo que estrictamente sea el concurso en orden a la valoración de las aptitudes de los candidatos, como puede ser la entrevista, si bien ésta no tiene carácter autónomo y desconectado de la valoración de los méritos en la forma a que anteriormente nos hemos referido.

La referida discrecionalidad ha de ubicarse, por consiguiente, estrictamente en la valoración de ejercicios, no siendo extensible a la interpretación de las bases. Tal valoración de los ejercicios es, efectivamente, competencia discrecional del órgano calificador, cuyo criterio no puede ser sustituido por el de los órganos judiciales, ni mucho menos por las subjetivas apreciaciones del interesado por muy fundadas y razonables que éstas sean.

La actividad de control realizado por los órganos de la jurisdicción contenciosa se ha de contraer a las técnicas de control de la discrecionalidad, como son el control de los elementos reglados, de donde deriva el necesario cumplimiento de las bases de la convocatoria; el control de los fines, que exige el ajuste de la actividad del Tribunal a los señalados por el ordenamiento jurídico, incurriendo en otro caso en desviación de poder. Es igualmente objeto de control jurisdiccional la composición del órgano calificador y su competencia en los términos previstos en la con-

vocatoria, o los errores de hecho en que hubiese podido incurrir.

Tal discrecionalidad no es óbice a la posibilidad de revisión de los errores palmarios en que pueda haber incurrido el Tribunal en la valoración, habiendo expresado al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1995 lo siguiente:

“solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulta permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los tribunales de justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditado la solución errónea tenida por buena por la Comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada.”

La propia sentencia considera factible entrar en las valoraciones efectuadas por las comisiones de valoración sólo en casos extremos, “por ser concluyente el error técnico padecido”, debiendo en otro caso estarse a la “discrecionalidad técnica de la Comisión juzgadora”.

Por consiguiente, aparte de la fiscalización de las actuaciones de los tribunales en la misma forma que lo son todas las potestades discrecionales, la existencia de un posible error evidente abre cauces de fisca-

discrecionalidad técnica corresponde al tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas.

La sentencia del mismo tribunal de 25 de octubre de 1992 recuerda que la función fiscalizadora de los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa consiste en resolver, desde criterios jurídicos, problemas jurídicos, no pudiendo entrar en la valoración de los conocimientos técnicos exigidos a los opositores, lo que supondría un análisis extraño a tal valoración jurídica.

También hemos de traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1997:

“En el núcleo de la valoración técnica la jurisdicción, que opera con criterios jurídicos, no se puede subrogar en el lugar de la Comisión de Evaluación, sin perjuicio de que el uso de la discrecionalidad técnica pueda, y deba ser, objeto de control jurisdiccional desde el exterior de ese núcleo reservado, en función de criterios de carácter jurídico, como son fundamentalmente la interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos (artículos 9.3 y 23.2 de la CE), y sobre la base de datos fácticos o jurídicos diferentes en todo caso de la pura valoración de los méritos en su dimensión técnica.”

Tal doctrina ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, que en sentencia 353/1993, de 29 de noviembre (RTC 1993, 353), proclama que si bien los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de oposiciones y concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más, lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva sino reconocer que ese control jurisdiccional tiene por su propia naturaleza ciertos límites que encuentran su fundamento en una presunción de certeza de la actuación administrativa apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación.

lización de las decisiones de los tribunales, vinculado ya al fondo de su decisión, y por más que este cauce es hasta cierto punto restrictivo y no puede aplicarse de una forma extensiva, es lo cierto que por la vía propugnada en la sentencia expresada se abre una posible espita que permite entrar en el análisis de la que de otra forma no sería susceptible de fiscalización y discrecionalidad técnica de los tribunales.

3.11. Plazo mínimo de desempeño de los puestos de trabajo

Se establece en el apartado 2 del artículo 79,²⁷ en términos tan genéricos que no fija plazo mínimo [en la actualidad el artículo 20.f) de la Ley 30/1984 establece un plazo de dos años de desempeño mínimo], ya que se difiere su concreción a la legislación de desarrollo, coherente con toda la filosofía del Estatuto, que no ha establecido en prácticamente ninguna de las hipótesis de su regulación un contenido uniforme, sino sólo en los principios mínimos de aplicación. La finalidad del precepto, en conexión con la carrera vertical del funcionario, es buscar una mínima estabilidad en el desempeño de los puestos.

3.12. Supresión o remoción de puestos. Garantía del desempeño de otro puesto de trabajo

El derecho al desempeño de un puesto de trabajo aun obtenido por medio de concurso, forma ordinaria de provisión de puestos de trabajo, se encuentra muy condicionado en el nuevo Estatuto, incidiendo en el mismo la evaluación del desempeño (artículo 20.4), que de ser negativa supondrá la remoción en dicho puesto. Otros supuestos de pérdida de dicho desempeño son los ceses en casos de libre designación (artículo 80.4) o los supuestos de movilidad previstos en el artículo 81, a que se aludirá posteriormente. Conjugando todos estos supuestos ha de decirse que el derecho al cargo se encuentra ya desvinculado del desempeño de un concreto puesto de trabajo y, por contra, como se desprende del artículo 14.a) sólo existe el derecho a la inamovilidad en la condición de funcionarios de carrera y “al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional” [artículo 14.b)].

En el caso de remoción en el puesto obtenido por concurso o supresión del mismo el artículo 79.3

prevé que “se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración pública y con las garantías inherentes de dicho sistema”. Se introduce un sistema de garantía mínima en tales supuestos, de forma tal que se concede el derecho a obtener un puesto de trabajo, con arreglo al nivel que se haya adquirido conforme al desarrollo del sistema de carrera administrativa propio de cada Administración. Sólo está, así, garantizado el derecho al desempeño de un puesto de trabajo *in genere*, lo que es consustancial al derecho a la inamovilidad propia del régimen estatutario de función pública, pero cuál sea éste y cuáles sean las garantías inherentes al desarrollo de un puesto acorde con el grado profesional, la garantía de nivel establecida en el artículo 21 de la Ley 30/1984, no queda en absoluto determinado, quedando diferido a lo que pueda establecerse por cada legislador que ha de desarrollar el Estatuto en su respectiva estructuración de la carrera administrativa.

Decir que se ha de otorgar otro puesto de trabajo es una auténtica obviedad y sólo la legislación de desarrollo nos determinará qué concretos puestos de trabajo se pueden asignar,²⁸ mas en todo caso la evaluación del desempeño puede ser el eje vertebrador de todo el sistema de carrera administrativa y del derecho al desempeño de los puestos de trabajo, sin que el Estatuto haya garantizado un contenido mínimo común para todas las legislaciones de segundo grado, como sería exigible a tenor del régimen estatutario inherente al artículo 103.3 de la Constitución española.

4. La libre designación

4.1. Consideración general

De lo que se ha razonado en el precedente apartado sobre la necesidad de motivar la opción por el sistema de libre designación se desprende ya que hemos definido este sistema de provisión como no ordinario, en el sentido de que el legislador se ha inclinado por el concurso como sistema común, teniendo la libre designación un carácter residual, siendo preciso para poder optar por la misma que se encuentre debidamente justificada la concurrencia de las causas que justifican este sistema. No debemos ahora sino reiterar lo dicho.

27. El precepto literalmente establece:

“2. Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo.”

28. El contenido de esta regulación es objeto de crítica por Luis Miguel ARROYO YANES, en *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, La Ley. El expresado autor incide en lo desigualitario que pueden ser las garantías de cada funcionario en correlación con la Administración a la que pertenezca.

También hemos de reiterar lo que ya se consignó a propósito del informe de la Comisión de Expertos sobre el carácter restrictivo que ha de tener este sistema de provisión. Dicha Comisión efectuaba una diagnosis de los problemas que afectaban a los sistemas de provisión, siendo uno de ellos la extensión inmoderada del sistema que nos ocupa,²⁹ por ello proponía que se estableciese el sistema de una forma restrictiva para puestos determinados o reducidos, como serían aquellos en que se requiera una confianza personal en el titular del puesto.

La libre designación se encuentra avalada por el Tribunal Constitucional, pudiendo citarse al respecto la sentencia 207/1988, de 8 de noviembre, y la 235/2000, de 7 de noviembre, que respecto al artículo 99 de la Ley 7/1985, de bases de régimen local,³⁰ en relación con los funcionarios de habilitación de carácter nacional –hoy estatal–, considera que se trata de un sistema de provisión no vulnerativo de los principios de mérito y capacidad, sin que tampoco la libertad de cese pueda afectar al ejercicio objetivo e imparcial de la función que está encomendada al funcionario, a tenor de lo establecido al respecto en el artículo 103.1 y 3 de la Constitución española. Mas ello no obsta a configurarlo como un sistema ordinario de provisión, sino que, antes al contrario, como se encarga de expresar la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004, “tiene carácter

excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso; [...] se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones; [...] sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad [...]), y los puestos de especial responsabilidad respecto a los que se determine este sistema de selección deben estar incorporados a las relaciones de puestos de trabajo.

El carácter excepcional de este sistema de provisión debemos entender que se desprende también de la configuración legal que se establece en el texto del Estatuto al expresar el apartado 2 del artículo 80 que la libre designación será procedente respecto a aquéllos puestos en que concurra una “especial responsabilidad y confianza”.

Por otro lado, hemos de entender que el que se introduzca como elemento de justificación la confianza en el titular del puesto ha de entenderse como un elemento a tener en cuenta en determinados puestos, como podrían ser secretarios de altos cargos, pero ello no puede llevar a entender que el supuesto es asimilable al personal eventual, en el que tal confianza es el elemento preponderante a tener en cuenta, y ello según se colige al respecto de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ya ha sido anteriormente citada.

29. Por su carácter didáctico se reproduce el contenido de dicho informe en su apartado 52 *in fine*, en el que se expresaba:

“Otro de los problemas prácticos a que conduce la rigidez de los concursos es la extensión inmoderada del sistema de libre designación, que, en teoría, debería ser un procedimiento excepcional, limitado a puestos muy determinados, de carácter directivo, de confianza o de alta responsabilidad. Pero los puestos de trabajo que, en el conjunto de las administraciones públicas, se proveen por libre designación han desbordado ese ámbito tan estricto.

“Además, este procedimiento exige convocatoria pública –como ha tenido que recordar recientemente el Tribunal Constitucional– y debe fundarse también en la exigencia de determinados requisitos de los candidatos. Pero, en la realidad, dichos requisitos suelen limitarse a la pertenencia a un grupo de titulación. En consecuencia, el procedimiento de libre designación se ha convertido en una forma de provisión en la que rige una discrecionalidad prácticamente absoluta, pues no es necesario definir, acreditar ni motivar la concurrencia de méritos de los interesados.

“En virtud de todo lo anterior, se ha venido difundiendo una acusada falta de confianza en el modelo de provisión de puestos de trabajo entre los empleados públicos, lo que muchas veces inhibe a candidatos cualificados de participar en procesos de provisión y, en todo caso, reduce su motivación.”

30. Del contenido de esta sentencia hemos de resaltar lo siguiente:

“Los criterios utilizados para determinar los supuestos en los cuales puede acudir al sistema de libre designación no son en modo alguno arbitrarios y carentes de un fundamento objetivo y razonable, pues viene a expresar que, sin perjuicio de la entrada en juego de los principios de mérito y capacidad (ya acreditados, por lo demás, en virtud de la previa habilitación de carácter nacio-

nal), la libre designación, que, en definitiva, y según se dirá más abajo, no significa sino la mera puesta a disposición del órgano decisor de un cierto margen de valoración a la hora de apreciar las aptitudes de los candidatos para desempeñar un determinado puesto de trabajo, queda reservada a los puestos que ofrecen una particular relevancia en el conjunto de la llamada Administración local, sea por el tipo de entidad de que se trate, por la población de que disponga el municipio, por el presupuesto ordinario de la corporación (requisito específico para el caso de los puestos de intervención o tesorería, que se exige con independencia de los anteriores: párrafo segundo del artículo 99.2 de la LBRL) o, en definitiva, por el nivel de complemento de destino (el treinta), expresión en última instancia de la valoración objetiva del puesto de trabajo [artículo 15.1.b) de la Ley 30/1984]. En esta tesitura, por tanto, el carácter directivo o la especial responsabilidad a que se refiere el artículo 99.1, párrafo primero, de la Ley 7/1985 no es, en última instancia, sino expresión de la específica o más intensa incidencia en los correspondientes puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional de las características de algunas corporaciones locales, sea por su índole, población o presupuesto. Ninguna quiebra, por tanto, de los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la CE) en relación con el de igualdad (artículo 23.2 de la CE) –que, por lo demás, queda suficientemente cubierto con la garantía de la publicidad de las correspondientes convocatorias: párrafo cuarto del artículo 99.2 de la Ley, reformada, 7/1985 y, con carácter general, artículo 20.1.c) de la Ley 30/1984– puede achacarse a la regulación en la nueva redacción del artículo 99.2 de la LBRL del sistema la libre designación como mecanismo de provisión de puestos de trabajo, que no de acceso a la función pública.”

4.2. Exégesis del artículo 80

Sin perjuicio de que en algunos aspectos el contenido del precepto sea novedoso, en lo esencial es continuista, reproduciendo la situación hasta ahora existente, en la que la libre designación puede ser definida como el auténtico caballo de Troya de la provisión de puestos de trabajo. Si efectuamos un desarrollo del contenido del texto del Estatuto, dentro de la parquedad característica del mismo, que permitirá una regulación diversa en el legislador de desarrollo, cuestión en la que ya no conviene insistir, hemos de aludir al siguiente contenido normativo del texto.

4.3. Discrecionalidad en el nombramiento y cese del personal a quien se designa por libre designación. Posible revisión de esta doctrina

El artículo 80.1 de la Ley 7/2007 previene lo siguiente:

“La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.”

Este precepto se completa con lo establecido en el artículo 80.4, al establecer que “los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente”.

Existe, pues, a tenor de la regulación antes establecida plena discrecionalidad en la designación y cese del personal nombrado por libre designación, lo que ya era con anterioridad expresado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que puede servirnos de referencia la de 13 de junio de 1997, de la que se desprende que no es necesaria ni previa audiencia ni procedimiento contradictorio alguno para proceder al cese, al tratarse de un acto discrecional, en el que está ínsita una especial confianza sólo apreciable por

la autoridad que efectúa el nombramiento, pudiendo por lo tanto decretar libremente el cese.³¹

Ya hemos visto cómo el informe de la Comisión de Expertos proponía a propósito de este sistema de provisión de puestos que existiera un plazo mínimo para el desempeño del puesto de trabajo, “salvo que concurren causas de remoción, que se apliquen por resolución motivada”. Ninguna de estas propuestas se ha recogido en el texto final del Estatuto, con lo que sin duda la situación seguirá siendo similar a la precedente, o mejor dicho la actual, convirtiendo en sistema normal de designación en muchos casos, lo que no es sino un supuesto de carácter excepcional, sin duda por la libertad que entraña para el órgano administrativo competente para efectuar nombramientos y ceses sin los límites que suponen los procedimientos ordinarios de provisión, pudiendo llegar a convertirse, así, en ordinario lo que es excepcional.

Pues bien, aun cuando puede existir jurisprudencia en sentido contrario, parece que en la actualidad podemos cuestionarnos este estado de cosas, superando la idea tradicional sobre la base de recientes decisiones jurisdiccionales, que tratan supuestos, si no idénticos, análogos al que nos estamos cuestionando y que apuntan en dirección contraria a una línea de jurisprudencia consolidada y por cuanto el nuevo texto del Estatuto, al referirse a la idoneidad del candidato designado, puede exigir una motivación de las circunstancias que concurren en el nombramiento, y por ello parece que se podrá concluir que en estos casos de libre designación con la exigencia de motivación en el nombramiento y cese.

Para comenzar con el desarrollo de esta idea hemos de comenzar con una consideración de carácter general, que es que la discrecionalidad no exime de la motivación de todos los actos administrativos, sino que antes al contrario el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992 exige expresamente que los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales deban ser motivados, y si

31. La sentencia literalmente expresa:

“En relación a la falta de motivación y de previa audiencia, considera esta sala que la omisión en el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas, de 17 de febrero de 1994, de cualquier referencia a los motivos determinantes del cese, y el hecho de que ese acuerdo no hubiese estado precedido de un expediente contradictorio en el que se diera audiencia al recurrente, no podían por sí y desde una perspectiva formal, ser determinantes de la invalidez del acuerdo en cuestión, pues como tiene declarado este Tribunal en las sentencias de 10 y 11 de enero de 1997, entre otras, el nombramiento para cargos de libre designación constituye un supuesto específico y singular dentro de la categoría general de los actos discrecionales, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, que solo puede ser apreciado por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que estime que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto, o para

seguir desempeñándolo, si estima que ya han desaparecido, o se han perdido, a lo largo del desempeño, en cuyo caso, libremente podrá decretar el cese. Y ello sin estar sometido al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra, o por los que se ha perdido la confianza en la ya designada. De modo que las razones que llevaron a la Comisión a decretar el cese del actor en el puesto de libre designación que ocupaba, debían considerarse implícitas en la declaración de cese, aunque desde luego referidas a la pérdida de la confianza de la autoridad que lo decretaba, fundada en la creencia de que aquel ya no mantenía las condiciones de idoneidad técnicas para el desempeño de las funciones de inspección y fiscalización. Según así vino a exteriorizarse por el Tribunal de Cuentas que habían determinado su nombramiento para el cargo, ahora sí expresamente, al resolverse la alzada, en la que reiteradamente se alude a la falta de idoneidad para el desempeño del puesto como motivo del cese.”

ello es así con carácter general, no vemos la razón para que no deban serlo en los supuestos que nos ocupan, ya que tal excepción no se encuentra comprendida en ninguna norma de rango legal, por más que el apartado 2 del precepto se remita a las peculiaridades establecidas para los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, que no exoneran, según el propio precepto, de la expresión de los fundamentos de la resolución que se adopte.

Es más, las razones de confianza que pueden justificar la libertad de remoción del puesto no son tales, ya que no cabe confundir este personal con el personal de carácter eventual de confianza o asesoramiento especial [en la actualidad contemplado en los artículos 8.e) y 12 del Estatuto]. Por el contrario, el personal de libre designación es funcionario de carrera y como tal para su nombramiento, aun discrecionalmente, se ha de apreciar “la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto”, según la dicción literal del artículo 80 del Estatuto. Si se quiere, existirá un mayor margen de libertad en la ponderación de la idoneidad del candidato, mas no ha de perderse de vista que el funcionario que resulte designado ha de tener tal idoneidad en relación con los requisitos exigidos para el nombramiento. Por ello, como se encarga de expresar la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005, no se trata de un sistema de “libre arbitrio”, y la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000, al configurar la naturaleza de este personal, expresa que “No nos hallamos aquí en presencia de nombramientos para cargos políticos, caracterizados por la libérrima decisión de quien sea competente para efectuar el nombramiento; ni ante la designación de personal eventual, cualificado, según el artículo 20.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1984, por la ‘confianza o asesoramiento especial’ de las funciones que pueden encomendársele. La confianza que, en este sentido, puede predicarse de la libre designación, en cuanto modo de provisión entre funcionarios de puestos de trabajo, es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos esgrimidos, esto es, en su historial funcional”.

Si esto es así, si han de ponderarse los méritos esgrimidos, el historial funcional, para determinar la aptitud profesional del candidato, no vemos por

qué no se ha de motivar la designación que es consecuencia de esa aptitud o idoneidad profesional, motivación que no supone que se puedan fiscalizar los elementos estrictamente discrecionales, mas sí en todo caso los reglados inherentes al ejercicio de toda potestad, aún discrecional, en la misma forma que ocurre respecto al ejercicio de todas las potestades discrecionales. Lo contrario supone equiparar el nombramiento de personal por libre designación con el eventual, cuando en aquél también ha de estar presente el mérito y la capacidad, auténtico principio que rige en todo proceso selectivo y por extensión también en los de provisión. Todos los elementos reglados son, pues, fiscalizables, pues de lo contrario estamos en un ámbito donde regirá, como en la actualidad acontece, al menos en la práctica administrativa, el más absoluto libre arbitrio, creando un terreno exento a toda fiscalización jurisdiccional.

Esta conclusión se refuerza con la previsión del artículo 80.3, que exige la intervención de expertos, pues si ésta se requiere lo es porque hay elementos que deben ponderarse, porque no es una decisión libérrima de la Administración, y es obvio que tal intervención para determinar el candidato más idóneo deberá documentarse y puede ser objeto de fiscalización.

Existen, por otro lado, elementos en el nuevo texto estatutario no presentes en la anterior regulación —el artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984 no se refiere a ningún parámetro valorativo³² al expresar la necesidad de ponderar la idoneidad del candidato, que puede entenderse que rige como un auténtico concepto jurídico indeterminado, que permite llegar a la conclusión de que las decisiones en este ámbito en cuanto hayan tendido a determinar si concurre o no tal idoneidad, además de otros elementos reglados, como es el procedimiento de la convocatoria, que pueden y deben ser explicitados motivadamente en los actos de designación y cese y que consiguientemente pueden ser objeto de fiscalización, conforme a la doctrina general existente al respecto sobre el ejercicio de potestades discrecionales a que anteriormente nos hemos referido.

Sobre esta cuestión ha recaído jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, aun aplicable al nombramiento de cargos judiciales, puede ser trasladable al supuesto que nos ocupa. Se trata de las sentencias de

32. Tampoco es más explícito el artículo 56 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, al expresar:

1. Los nombramientos deberán efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la finalización del de presentación de solicitudes. Dicho plazo podrá prorrogarse hasta un mes más.

2. Las resoluciones de nombramiento se motivarán con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y la competencia para proceder al mismo.

En todo caso deberá quedar acreditada, como fundamento de la resolución adoptada, la observancia del procedimiento debido.

27 de noviembre de 2007, sobre nombramiento de magistrados del propio Tribunal Supremo, 29 de mayo de 2006, relativa a nombramiento de presidente de sala de la Audiencia Nacional, y 27 de noviembre de 2006, sobre nombramiento de presidente de sala del Tribunal Superior de Justicia.

En una apretada recensión del contenido de aquella sentencia –que prosigue el criterio sentado en las precedentemente citadas– de la misma se desprende el requisito de motivación de las decisiones de nombramiento, por más que exista un amplio margen de apreciación, mas distingue en todo caso estos nombramientos de los que suponen cargos de confianza, y reputa que existen unos límites ineludibles que han de seguirse para la adopción de la resolución de nombramiento expresando al respecto lo siguiente:

“Precisamente porque el margen es amplísimo pero no ilimitado, se puede decir que, en todo caso, serán límites a los poderes del Consejo, susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente, la recta observancia de los trámites procedimentales que preceden a la decisión, el respeto a los elementos objetivos y reglados, la eventual existencia de una desviación de poder [...], la interdicción de los actos arbitrarios [...] y los que incidan en una argumentación ajena a los criterios de mérito y capacidad, entendido el primero en el sentido de valores acontecidos y acreditados en el currículum del candidato y el segundo en el de aptitudes específicas de desempeño eficaz del destino pretendido.”

Como se ve, la doctrina del Tribunal Supremo viene a equiparar el ejercicio de estas potestades de nombramiento al ejercicio de potestades discrecionales,

por lo que han de ser fiscalizables en la forma que lo son todas ellas, a través de los elementos reglados de la misma, el procedimiento para su adopción, la desviación de poder, los principios generales de Derecho, y todo ello motivando debidamente su ejercicio, lo que permitirá constatar la adecuación a Derecho de la decisión tomada. Y entre los principios generales del Derecho, se encuentra obviamente el principio de acceso en condiciones de igualdad conforme al mérito y capacidad del aspirante, pues no se trata de un cargo de confianza.

Todos estos razonamientos son plenamente aplicables a los supuestos de libre designación de funcionarios públicos, ya que las razones son idénticas, con las necesarias adaptaciones. Por ello, partiendo y reiterando que nos encontramos ante personal que no es de confianza o asesoramiento especial, como se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000, de 7 de noviembre, las decisiones a adoptar han de ser necesariamente motivadas y fiscalizables, en cuanto a la designación y cese, en la forma en que lo son todas las potestades discrecionales, pues el nombramiento en los sistemas de provisión de este personal –sea concurso o libre designación– no puede sustraerse a los principios de mérito y capacidad. En este sentido, aun cuando no hemos hallado jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable a supuestos de libre designación de funcionarios, sí que existe alguna sentencia de tribunales superiores de justicia que aplica tal doctrina en el ámbito de la función pública, y en tal sentido podemos traer a colación la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 11 de julio de 2007.³³

33. Esta sentencia traslada la doctrina del Tribunal Supremo sobre nombramiento de cargos judiciales al nombramiento de vicesecretario de la Diputación Provincial de Ciudad Real. La sentencia expresa lo siguiente:

“La necesidad de motivación en los nombramientos en los que existe este margen de discrecionalidad, viene a recogerse en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006; en esta sentencia, a propósito de la elección del presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo entiende que constituía un déficit esencial en el procedimiento, la falta de un informe previo de la Comisión de Calificación del CGPJ sobre los méritos de los candidatos, a fin de que los consejeros tuvieran los elementos de juicio necesarios a la hora de elegir a uno de los propuestos de la terna; es decir, remite la motivación a un momento previo.”

Y añade:

“La discrecionalidad en los puestos de libre designación se manifiesta en que en la valoración de los méritos que alegan los aspirantes, quien efectúa la elección no está sometido a las reglas típicas del procedimiento de concurso, sino que goza de la posibilidad, siempre con el límite de la arbitrariedad, de valorar la idoneidad técnica o capacidad para el mejor desempeño de las funciones del puesto; la libre designación es un tipo de proceso selectivo que ha de respetar siempre los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la CE).”

La propia sentencia considera que puede haber gradaciones en cuanto a la necesidad de motivación y libertad en la adopción de la decisión, idea sugerente, en función de la naturaleza del puesto, afirmando al respecto lo siguiente:

“Siempre se ha dicho que el puesto de ‘libre designación’ es de ‘confianza’ de quien efectúa el nombramiento; el concepto de ‘confianza’ no se debe confundir nunca con la sintonía personal o ideológico-política entre quien hace la designación y el designado, sino con la valoración de la capacidad técnica de quien es llamado, en el sentido de que se cree o se ‘confía’ que está mejor preparado técnicamente que otros para el ejercicio de ese concreto puesto de trabajo.”

“El principio anterior ha de modularse en función del puesto; no es lo mismo el caso de secretario/a personal de un alto cargo, donde, además de los requisitos legales, la confianza personal o relación personal sí es importante, de aquéllos otros puestos de carácter eminentemente técnicos, como lo es el aquí discutido de vicesecretario general de una diputación provincial; naturaleza técnica aceptada por ambas partes; es decir, el vicesecretario general no va a realizara encargos personales del presidente de la Diputación sino sólo aquellas funciones que le corresponden, propias de la Secretaría, y en el estricto marco de la ley.”

Esta doctrina abre, como es obvio, amplias posibilidades de fiscalización de los nombramientos efectuados por libre designación, en la misma forma que pueden ser fiscalizables todas las potestades en que existen elementos discrecionales, permitiendo así reconducir un ámbito de actuación en el que la Administración campeaba de una forma libérrima al cauce conocido del control, al menos parcial, de la discrecionalidad administrativa.

4.4. Supuestos en que es procedente la libre designación

4.4.1. Regulación general

Previene al respecto el artículo 80.2 del Estatuto que “Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública”.

El Estatuto nuevamente hace uso de una gran parquedad en la delimitación del ámbito objetivo de los puestos en que es procedente el sistema de libre designación, difiriendo a las leyes de desarrollo el establecimiento de los criterios en que es procedente esta forma de provisión, atendiendo al criterio, que constituyen auténticos conceptos jurídicos indeterminados, de que se trate de puestos de especial responsabilidad y confianza. Hasta ahora el apartado 1.b) del artículo 20 de la Ley 30/1984 efectuaba una enumeración más exhaustiva, en referencia a la Administración del Estado.³⁴

Ya hemos visto con anterioridad como es a las relaciones de puestos de trabajo a las que corresponde determinar cuales sean los concretos puestos a proveer por el sistema de libre designación, dentro de la habilitación genérica que establecen las concretas leyes de la función pública que sean de aplicación. Al respecto, hemos de decir, además de reiterar la excepcionalidad del sistema de libre designación, que aparte de los supuestos enunciados en la legislación aplicable, en la práctica muy amplia, respecto a los demás supuestos deberá

acreditarse motivadamente que concurre la especial responsabilidad y confianza que justifica la adopción del sistema, cuestiones estas que han sido analizadas con anterioridad y a cuyo desarrollo nos remitimos.

Las leyes de las comunidades autónomas habilitan para la libre designación en supuestos muy amplios, y así en la Comunidad de Castilla y León el artículo 48.2.b) de la Ley 7/2005, de 7 de mayo, permite llegar hasta el nivel igual o superior al de jefe de servicio.³⁵ Y en la práctica los supuestos a que se hace extensivo son mucho más extensivos, llegando en ocasiones a puestos típicos de técnico, sin ostentar niveles de jefatura. Por ello, se comprenderá la necesidad de que quede plenamente acreditada la motivación necesaria para justificar el sistema elegido, se insiste que excepcional, y ello para evitar la subversión de todo el sistema de provisión que se está produciendo, que está convirtiendo en ordinario, lo que debe ser un sistema excepcional.

4.4.2. Regulación especial de los funcionarios de Administración local de habilitación estatal

Se trata de un supuesto específico cuyo análisis desbordaría el ámbito de esta ponencia.³⁶ Sólo hemos de decir que para los funcionarios integrados en escalas locales rigen los sistemas ordinarios de provisión y que para los de habilitación estatal se regula en la disposición adicional 2, apartado 5, de la Ley, ya aludida con anterioridad. Esta normativa no entrará en vigor a tenor de la disposición transitoria 7 hasta que se produzca el desarrollo normativo del propio texto estatutario.

Sobre esta regulación ha de resaltarse la gran extensión que adopta el sistema de libre designación, según resulta del apartado 5.2 de dicha disposición, que establece:

“5.2. Excepcionalmente, para los municipios de gran población previstos en el artículo 121 de la Ley 7/1985, así como las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, podrán cubrirse por el sistema de libre designación, entre funcionarios con habilitación de carácter estatal de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reserva-

34. El precepto expresa:

“En la Administración del Estado sus organismos autónomos, así como en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de subdirector general, delegados y directores regionales o provinciales, secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo.”

35. El artículo 48.2.b) de dicha ley previene al respecto:

“Libre designación. Constituye el sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo, mediante el cual podrán proveerse los

puestos iguales o superiores a jefes de servicio y los de secretarías de altos cargos, así como aquellos otros que, por la importancia especial de su carácter directivo o la índole de su responsabilidad, y en atención a la naturaleza de las funciones, se determinen en las relaciones de puestos de trabajo.”

36. Se trata con exhaustividad por Antonio SERRANO PASCUAL en *Cuadernos de Derecho Local*, 15, Fundación Democracia y Gobierno Local, p. 77 y siguientes.

dos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública.”

Se ha generalizado por lo tanto la posibilidad de libre designación en los supuestos de municipios de gran población, que se hayan constituido formalmente como tales, así como las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares. Aun con la generalización existente para los expresados municipios, entes provinciales e insulares, la medida tiene menor extensión que la prevista inicialmente en el proyecto legislativo en que la libre designación se preveía para todos los municipios, siendo la redacción definitiva del texto en trámite parlamentario la anteriormente aludida.

Ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de extender el sistema de libre designación a los funcionarios de habilitación de carácter estatal fue declarada ajustada a la Constitución española por la sentencia 207/1988, de 8 de noviembre, y la 235/2000, de 7 de noviembre, antes citada, en relación con la previsión contenida en el artículo 99.2 de la Ley 7/1985, de bases de régimen local.

En fin, el precepto analizado es expresivo de la gran amplitud conferida a la libre designación, que puede convertirse antes que en un sistema excepcional en el ordinario de provisión, por lo que son de aplicación a este supuesto todas las consideraciones precedentes sobre el reiterado sistema.

4.5. Procedimiento que ha de seguirse en la provisión de puestos de trabajo por el procedimiento de libre designación

Salvo previsiones particulares en la normativa de aplicación, como son determinados informes previstos en el artículo 54 del aún vigente Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aplicable a la Administración del Estado,³⁷ la única exigencia establecida con carácter general en

el procedimiento de provisión por libre designación es la convocatoria pública, que es expresión del principio de publicidad en el proceso selectivo, y que permite la participación de todos los aspirantes posibles al puesto que lo deseen. Tal exigencia de convocatoria pública se encuentra recogida en el apartado 1 del artículo 80 del Estatuto en términos coincidentes con la regulación precedente.

La única novedad que se contiene sobre esta cuestión es la previsión contenida en el apartado 3 del referido artículo, que establece que “el órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos”.

Consideramos que se trata de una idea positiva en cuanto, como ya hemos expresado, permite entender que en el procedimiento de libre designación ha de constatarse la idoneidad de cada candidato para el desempeño del puesto, lo que lo aleja de su configuración como un criterio del libre arbitrio, permitiendo la introducción de elementos reglados, ya que obviamente la intervención de estos especialistas tiende precisamente a evaluar la idoneidad de cada candidato, y puede ser objeto de fiscalización en cuanto obviamente la intervención de estos expertos deberá quedar debidamente documentada y permitirá la revisión de su actuación, al menos en forma similar a la que lo es la discrecionalidad técnica de los tribunales de pruebas selectivas.

Sí que puede ser por el contrario objeto de crítica la vaguedad de la regulación, que confiere una mera potestad al órgano de selección, sin elemento reglado alguno en que basarla. Entiendo que esta posibilidad podrá ser de alguna forma modulada introduciendo elementos reglados por el legislador de desarrollo.³⁸

4.6. Libertad de cese del funcionario designado por libre designación. Consecuencias derivadas

Sobre esta cuestión, previene el artículo 80.3 del Estatuto lo siguiente:

“Los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecional-

37. El referido precepto prevé lo siguiente:

“1. El nombramiento requerirá el previo informe del titular del centro, organismo o unidad a que esté adscrito el puesto de trabajo a cubrir. Si fuera a recaer en un funcionario destinado en otro departamento, se requerirá informe favorable de éste. De no emitirse en el plazo de quince días naturales se considerará favorable. Si fuera desfavorable, podrá, no obstante, efectuarse el nombramiento previa autorización del secretario de Estado para la Administración Pública.

2. Se requerirá asimismo informe del delegado del Gobierno o gobernador civil cuando los nombramientos se refieran a los direc-

tores de los servicios periféricos de ámbito regional o provincial, respectivamente, o a aquellos jefes de unidades que, en su respectivo ámbito, no se encuentren encuadradas en ninguna otra de su departamento.”

38. Se manifiesta contrario a esta regulación Luis Miguel ARROYO en la obra antes citada, p. 838, sobre todo desde la consideración de que concede un poder sin límites al órgano de selección, sin mediación de norma alguna.

mente. En caso de cese, se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración pública y con las garantías inherentes de dicho sistema.”

En el ámbito de los funcionarios de Administración local de habilitación estatal rige lo establecido en el artículo 29 del Real decreto 1732/1994, de 29 de julio, rige, asimismo, la libertad discrecional de cese, siempre que al funcionario se le garantice un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la corporación y que deberá figurar en la relación de puestos de trabajo de la misma.³⁹

La doctrina consolidada en esta materia, de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1997, no hace exigible ningún requisito especial para el cese de los puestos de trabajo obtenidos por el procedimiento de libre designación, no siendo por consiguiente exigible, ni expediente contradictorio alguno, ni previa audiencia, no obstante lo cual atendiendo a la última línea jurisprudencial expresada respecto al nombramiento de cargos judiciales, y por los propios razonamientos aplicados al momento del cese, puede ser exigible la motivación al cese del personal nombrado por libre designación.

Con arreglo a ello, entendemos que la discrecionalidad del cese expresada en el precepto anteriormente transcrito no exonera, conforme al criterio que venimos manteniendo, de la obligación de motivar los supuestos de cese, ya que tal obligación es consecuencia de la consideración que venimos realizando de la libre designación como diferenciada de la mera pérdida de la confianza por parte del órgano a quien corresponda efectuarla –sin perjuicio de que no sea una idea completamente generalizable y pudiera entenderse que existen puestos de trabajo en que tal confianza se encuentra más presente–, por lo que la discrecionalidad de cese no puede configurarse como un supuesto de mero arbitrio en dicho cese, y siempre existirán elementos reglados que puedan ser objeto de fiscalización.

En lo que afecta a las consecuencias del cese, hemos de reiterar la parquedad del texto, en lo relativo a la necesidad de otorgamiento de otro puesto conforme al régimen de carrera que en cada Administración se establezca, texto este que coinci-

de con lo previsto en el artículo 79.3 del Estatuto, y por consiguiente nos remitimos al comentario que efectuamos a propósito de este precepto.

5. Otras formas de provisión de puestos de trabajo

5.1. Planteamiento

Se refiere a ellas el artículo 78.3 del Estatuto, haciéndolo en los siguientes términos:

“Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán establecer otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad a que se refiere el artículo 81.2, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos.”

En relación con esta cuestión hemos de decir que dada la variedad de posibles procedimientos de provisión, en atención a la naturaleza de la presente ponencia, muy limitada, ya que en ella no pueden abordarse todas las cuestiones relativas a las posibles formas de provisión, nos limitaremos a expresar las cuestiones generales que se suscitan, y las formas más significativas de provisión previstas en el precepto.

5.2. Naturaleza de la regulación

Se trata de una normación de mínimos que faculta exclusivamente al legislador de desarrollo para que proceda a la regulación de los supuestos de provisión previstos en el transcrito artículo 78.3. Sin embargo, esta regulación será potestativa, de forma que nada empece a que dentro de la habilitación que realiza el legislador básico no se proceda a efectuar ordenación alguna.

Sin embargo, supuesto que no se procediera a efectuar la regulación, es obvio que los supuestos materialmente contemplados en la norma tienen que tener una respuesta jurídica –al menos algunos de ellos, como es el reingreso al servicio activo, o la remoción de puestos a consecuencia de una evaluación negativa, en otros como puede ser la permuta se puede entender que el legislador ha optado por la

39. El precepto literalmente establece lo siguiente:

“El funcionario nombrado para puesto de libre designación podrá ser cesado, con carácter discrecional, por el mismo órgano que lo nombró, siempre que se le garantice un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la corporación, que deberá figurar en la relación de puestos de trabajo de la misma.

“Dicho puesto de trabajo estará clasificado como reservado a habilitados de carácter nacional, tendrá atribuidas las funciones de

colaboración, apoyo y asistencia jurídica o económica que le atribuya el presidente de la corporación y en él se podrá permanecer hasta obtener otro por los procedimientos establecidos en el presente Real decreto.

“La motivación de la resolución de cese se referirá a la competencia para adoptarla.”

inexistencia de esta forma de provisión—, por lo que tal vacío normativo deberá ser contemplado a tenor del propio sistema de fuentes, como es acudir a las normas supletorias como puede ser el Derecho estatal (artículo 149.3 de la Constitución española) o fuentes de carácter secundario.

Por otro lado, se plantea la cuestión de si las formas de provisión previstas en el precepto tienen carácter agotador, constituyen un *numerus clausus* o puede entenderse que tienen un mero carácter enunciativo. Sobre esta cuestión considero que aunque el precepto parece expresar una enumeración exhaustiva, ello es más aparente que real, en cuanto pueden presentarse situaciones atípicas de provisión de puestos, en supuestos contemplados en el propio Estatuto, no enunciados en el precepto y que precisarán una legislación de desarrollo, y así sin ir más lejos el artículo 78.3 se refiere a los casos de movilidad del artículo 81.2, efectuando una mera remisión a los casos de movilidad forzosa, mas ha omitido otros como es la movilidad voluntaria del artículo 81.1, situación material contemplada que sin duda requerirá un desarrollo normativo para regular la forma de ejercicio de dicha movilidad.

5.3. Algunos supuestos de provisión

Sin pretender un estudio exhaustivo, empeño que sería de muy difícil realización, nos referiremos seguidamente a algunos de los supuestos enunciados en el artículo 78.3, y ello sin perjuicio de que siguiendo la propia sistemática de la ley aludamos posteriormente a otros a propósito de la exposición de los supuestos de movilidad.

40. El contenido del precepto era el siguiente:

“El subsecretario, en su departamento, y el vicepresidente de la Comisión Superior de Personal, si se trata de ministerios distintos, podrán autorizar excepcionalmente permutas de destinos entre funcionarios en activo o en excedencia especial, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

“a) Que los puestos de trabajo en que sirvan sean de igual naturaleza y corresponda idéntica forma de provisión.

“b) Que los funcionarios que pretendan la permuta cuenten respectivamente con un número de años de servicio que no difiera entre sí en más de cinco.

“c) Que se emita informe previo de los jefes de los solicitantes o de los subsecretarios respectivos.

“2. En el plazo de diez años, a partir de la concesión de una permuta, no podrá autorizarse otra a cualquiera de los interesados.

“3. No podrá autorizarse permuta entre los funcionarios cuando a alguno de ellos le falten menos de diez años para cumplir la edad de jubilación forzosa.

“4. Serán anuladas las permutas si en los dos años siguientes a la fecha en que tengan lugar se produce la jubilación voluntaria de alguno de los permutantes.”

5.4. La permuta

Se encontraba regulada con carácter general en el artículo 62 del Texto refundido de la Ley de funcionarios civiles del Estado,⁴⁰ y en la legislación de régimen local en el artículo 98 del Reglamento de funcionarios de la Administración local, aprobado por el Decreto de 30 de mayo de 1952,⁴¹ precepto este que debemos considerar vigente, si bien deberá adaptarse a lo dispuesto en la normativa de carácter general que sea aplicable, partiendo de la regulación básica del Estado —que de momento hasta el desarrollo normativo de la Ley 7/2007, viene constituida por el citado precepto de la Ley de funcionarios civiles del Estado.

Entiendo que esta regulación se encuentra un tanto desfasada, y no atribuye en ningún caso un derecho perfecto al funcionario a efectuar por la mera voluntad de los interesados como se desprende de la terminología que utiliza la Ley de funcionarios civiles del Estado al expresar que “podrán autorizar excepcionalmente permutas de destinos entre funcionarios”. De esta forma, se condiciona a la autorización administrativa, que podrá concederla en función de la apreciación de las necesidades del servicio.

Diversas resoluciones jurisdiccionales se han pronunciado en el sentido de considerar que la autorización de la permuta por parte de la Administración está dotada de una gran discrecionalidad, lo que no exime de la necesidad de motivar la posible denegación de la misma.⁴²

Ha tenido cierta aplicación en el régimen local a consecuencia de la imposibilidad de los funcionarios que no eran de habilitación nacional para participar en sistemas de provisión en corporaciones distintas a las que prestaban servicios, por inexistencia de la

41. El precepto se expresa en los siguientes términos:

“1. Los funcionarios podrán permutar los cargos que desempeñen en propiedad, siempre que no hayan cumplido sesenta años, pertenezcan al mismo grupo y categoría y las plazas sean de idéntica clase.

“2. La aprobación de permutas corresponderá a la autoridad u órgano competente para otorgar los nombramientos. Cuando lo fuere el director general de Administración Local, será preceptivo el informe previo de las corporaciones afectadas.

“3. En ningún caso, las permutas lesionarán derechos de otros funcionarios pertenecientes a los respectivos escalafones.”

42. En este sentido podemos aludir a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 2 de junio de 2003, que expresa:

“En consecuencia, entendemos que para obtener la permuta no podrá bastar con reunir los requisitos establecidos en los preceptos indicados sino que la Administración, en uso de las facultades discrecionales podrá denegar la permuta por razones de política de personal debidamente motivadas y siempre que la decisión discrecional se ajuste a la finalidad prevista en la norma que le concede dicha facultad.”

efectiva aplicación de un régimen de movilidad horizontal, por lo que ha venido constituyendo un remedio excepcional para facilitar provisiones en otras corporaciones.

El Decreto de la Comunidad Autónoma de Cataluña 195/2008, de 7 de octubre, por el que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de Cataluña, en su artículo 35⁴³ ha efectuado una regulación de las permutas exigiendo una serie de requisitos para la provisión por este sistema, como es la necesaria homogeneidad de los puestos y la necesidad de informe favorable de ambas corporaciones, así como la necesidad de autorización por la Dirección General de Administración Local.

5.5. Movilidad por motivos de salud

Ya se encuentra regulada en la actualidad en el artículo 20, apartado 1.H), de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la reforma introducida por la Ley 53/2002, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.⁴⁴ Han existido diversas instrucciones que explicitan determinadas reglas aplicables para la concesión de estos traslados, cual es la Resolución de la Secretaría de Estado para la Función Pública, de 28 de enero de 2004, y la Instrucción de 22 de noviembre de 2004, la cual realiza la concreción de los plazos a aplicar. El desarrollo reglamentario de esta norma viene constituido por el artículo 66.bis del Reglamento de ingreso y provisión, Real decreto 364/1995, de 10 de marzo.

Mediante esta forma de provisión es obvio que se atiende a circunstancias excepcionales que constitu-

yen un régimen peculiar frente a los sistemas ordinarios de provisión, lo que justifica la necesidad de que el legislador de desarrollo atienda efectivamente a la formación de este supuesto al que habilita la ley básica, ya que sin la efectiva voluntad normativa de dicho legislador la previsión del precepto básico carecerá de toda efectividad.

5.6. Supuestos residuales de provisión

No es posible dado el carácter de esta ponencia efectuar un estudio exhaustivo de los mismos, ya que se trata de supuestos diversos, en los que ante las diferentes hipótesis contempladas se trata de hacer efectivo el derecho al cargo del funcionario. Los más relevantes pueden ser los supuestos de cese o remoción a consecuencia de la muy novedosa forma introducida en la Ley de una evaluación de rendimientos negativa, mas el contenido de esta regulación es totalmente desconocido hasta que tenga lugar la implantación de las formas de evaluación, y el aludir a la regulación actual sobre supuestos similares,⁴⁵ por un lado, no constituye el objeto de la presente ponencia y, por otra parte, se encuentran a caballo con la regulación de la movilidad que será posteriormente analizada.

6. La movilidad del personal funcionario de carrera

6.1. Consideraciones de carácter general

Bajo la idea de movilidad de los empleados públicos –hemos de recordar que el tratamiento de la Ley 7/2007 es general, comprendiendo en su regulación tanto el personal funcional como el laboral, si bien nos centraremos en el análisis de aquél–, se compren-

43. "1. De acuerdo con las entidades locales afectadas y el personal funcionario interesado, la Dirección General de Administración Local podrá autorizar permutas siempre que concurren las circunstancias siguientes:

"a) Que los puestos de trabajo que se quieran permutar sean de la misma clasificación y les corresponda idéntica forma de provisión.

"b) Que las personas funcionarias que solicitan la permuta cuenten, respectivamente, con un número de años de servicio que no difiera entre sí en más de cinco y que lleven ocupando con carácter definitivo el puesto de trabajo un plazo mínimo de dos años.

"c) Que las personas funcionarias acrediten el conocimiento del nivel de catalán exigido.

"d) Que ambas entidades locales emitan el informe favorable correspondiente.

"2. No se podrán autorizar permutas si se da alguna de las circunstancias siguientes:

"a) Que no hayan transcurrido cinco años desde la última permuta concedida a alguna de las personas solicitantes.

"b) Que a alguna de las personas solicitantes le falten menos de diez años para cumplir la edad de jubilación forzosa."

44. Artículo 20, apartado 1.H), de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, precepto que dispone que:

"1. Los puestos de trabajo adscritos a funcionarios se proveerán de acuerdo con los siguientes procedimientos: [...] h) La Administración General del Estado podrá adscribir a los funcionarios a puestos de trabajo en distinta unidad o localidad, previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación del funcionario, su cónyuge o los hijos a su cargo, con previo informe del servicio médico oficial legalmente establecido y condicionado a que existan puestos vacantes con asignación presupuestaria cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al del puesto de origen, y se reúnan los requisitos para su desempeño. Dicha adscripción tendrá carácter definitivo cuando el funcionario ocupara con tal carácter su puesto de origen."

45. V. gr. se puede aludir en la actualidad a la redistribución de efectivos de puestos no singularizados, artículo 59 del Reglamento de ingreso, reasignación de efectivos, a consecuencia de un plan de empleo, prevista en el artículo 60 del mismo reglamento, o movilidad por cambio de adscripción de puesto del artículo 61.

den diferentes supuestos de traslado de puestos de trabajo, algunos de ellos de carácter voluntario y otros forzosos. Tales supuestos de movilidad, regulados en los artículos 80 y siguientes de la Ley, se pueden agrupar en movilidad intraadministrativa, dentro de la propia Administración de la que forma parte el funcionario o interadministrativa –así es denominada en el artículo 84.1 de la Ley, lo que autoriza a usar el término intraadministrativa para la que es dentro de la propia Administración–, que conlleva la posibilidad de obtener destino dentro de otra Administración diferente. Dentro de la primera se comprenden, además, supuestos como son las adscripciones provisionales (artículo 81.3) y la movilidad por razones de violencia de género.

Esta regulación, aún dentro de la brevedad en su contenido propia de todo el capítulo que analizamos, sí puede entenderse que sistematiza todos los supuestos dispersos anteriormente en normas diversas, dando un cuadro general del derecho a la movilidad, a que se refiere el artículo 81.1 de la Ley, junto a supuestos de traslados forzosos.

6.2. Movilidad dentro de la propia Administración

6.2.1. Movilidad voluntaria

Se refiere a ella el artículo 81.1, al expresar:

“Cada Administración pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, y sin perjuicio del derecho de los funcionarios a la movilidad podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios públicos cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos.”

Se trata de un supuesto de aplicación práctica del principio de eficiencia en la planificación de los recursos humanos a que se refiere el artículo 1.3 de la Ley, y que es objeto de concreción en el artículo 69 de la propia Ley, que al regular los planes de empleo, comprende entre su objeto el del apartado 2.c), que se refiere a “Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen”.

La planificación de recursos se configura, por lo tanto, en este aspecto la pieza clave de ordenación, que determinará la posibilidad de trasvase de personal de unas áreas, definiendo qué sectores sean prioritarios y aquellos otros que puedan ser excedentarios, desde los cuales se puede producir el trasvase de funcionarios a aquellos, todo ello en el sentido que se expresaba en la recomendación efectuada al respecto en el apartado 55 del informe de la Comisión de Expertos.⁴⁶

Se trata, así, de una forma peculiar de provisión no suficientemente definida en el texto de la norma, y que tendrá que desarrollarse en la legislación de desarrollo. En todo caso, cabe el riesgo de que esta previsión del Estatuto genere en su desarrollo legislativo y aplicación práctica el riesgo de impedir el derecho a la movilidad del resto de los funcionarios, imposibilitando el traslado voluntario de los mismos.

6.2.2. Movilidad forzosa

El artículo 81.2 se refiere a la regulación de este supuesto, en los siguientes términos:

“2. Las administraciones públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares. Cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados. Los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos.”

La regulación se encuentra en conexión con la previsión contenida en el artículo 78.3. Se trata de una forma de traslado forzoso, habilitada exclusivamente, dentro de las técnicas de los conceptos jurídicos indeterminados, por la existencia de necesidades del servicio o funcionales. La única exigencia es la necesidad de motivación, y dar prioridad a los traslados voluntarios cuando impliquen cambio de residencia. Ha de entenderse que la habilitación para el ejercicio de esta forma de provisión requiere la existencia de planes de empleo.

46. El informe expresa:

“En la práctica sucede, sin embargo, que la movilidad voluntaria está muy extendida, pues ha pasado a concebirse como un derecho casi ilimitado del funcionario en el seno de su propia Administración, mientras que la movilidad forzosa tropieza con grandes dificultades y resistencias, que dificultan la planificación estratégica de recursos humanos y la correcta distribución del personal.

Hasta el punto de que, en ocasiones, una administración no puede recurrir a personal excedente en ciertas áreas o unidades para cubrir las necesidades surgidas en otras. Esto último lleva frecuentemente a las administraciones públicas a contratar personal temporal o a la externalización de servicios y actividades, como solución más simple. Efectos que no deberían minusvalorarse en ningún caso.”

Ha de tenerse en cuenta que se trata de una forma de provisión que puede limitar el derecho al cargo, por más que la configuración a la que se tiende del mismo es a considerarla como desvinculada del desempeño de un concreto puesto de trabajo.

Una habilitación tan amplia para los traslados forzosos, sin configurar los supuestos que presiden su ejercicio, entraña graves riesgos respecto a la inamovilidad del funcionario, salvo que se pase a entender la misma en una consideración diametralmente distinta a la actual, como mero derecho a un puesto de trabajo, cualquiera que éste fuere, y con la única garantía del respecto de las retribuciones y las condiciones esenciales de trabajo del funcionario.

Se trata, por lo tanto, de una regulación en gran medida novedosa, aun cuando ya cuenta con el antecedente que se contiene en el vigente artículo 20 de la Ley 30/1984, que asimismo se refiere a traslados por necesidades del servicio [artículo 20.1.c)] y reasignación de efectivos [artículo 20.1.g)].

6.2.3. Adscripciones provisionales

Previene el apartado 3 del artículo 81 lo siguiente:

“En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación.”

Como se ve, se trata de una regulación de mínimos, que defiende la regulación de esta cuestión a lo que al respecto se establezca en la legislación de desarrollo, lo que puede propiciar que se carezca de un mínimo de homogeneidad entre las diversas legislaciones de desarrollo. Los únicos elementos comunes son:

A) La delimitación de los supuestos que justifican la forma excepcional de provisión, que es el concepto jurídico de “urgente e inaplazable necesidad”. Por lo que está configurado como una forma de provisión excepcional, frente a las formas de provisión ordinaria.

B) El carácter provisional de estas formas de provisión, esencialmente temporales. Si bien no se fija plazo, lo que deberá preverse en cada ley de desarrollo.

C) La obligatoriedad de que los puestos provistos provisionalmente, en el plazo máximo que en cada caso se fije, deban ser objeto de provisión ordinaria mediante convocatoria pública.

Al analizar las formas de provisión provisionales nos estamos, obviamente, refiriendo a las comisiones de servicio, figura ampliamente extendida en las administraciones públicas y que la propia Comisión de Expertos en el tan citado informe⁴⁷ considera que es una forma de provisión que se ha convertido en ocasiones en la ordinaria, entendiendo, lo que puede ser muy discutible, que la proliferación de esta forma de provisión pretende dar respuesta a los problemas existentes en la actualidad.

En todo caso, la regulación prevista en el Estatuto no puede entenderse que ponga freno a estas formas provisionales de provisión, sino que, antes al contrario, al permitir designar para la provisión de puestos a los funcionarios que se consideran en cada caso más adecuados –tal adecuación puede dar respuesta a múltiples problemas, y ser también consecuencia de formas clientelares de proximidad a los niveles de decisión política– es muy posible que la excepción pueda seguir siendo la norma general, máxime si se tiene en cuenta la amplia habilitación que el Estatuto da a la legislación de desarrollo para regular en forma amplia estas formas de provisión.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que los conceptos jurídicos indeterminados que justifican las formas de provisión provisionales (ordinariamente la comisión de servicios), no pueden configurarse como una facultad discrecional de la Administración o una forma ordinaria y alternativa de provisión de puestos de trabajo, sino que constituyen una excepción a los sistemas ordinarios de provisión, por lo que ha de quedar acreditado motivadamente en el procedimiento la “urgente e inaplazable necesidad” que lo justifica.

6.2.4. Movilidad por razón de violencia de género

Se trata de un supuesto que ya era objeto de regulación en la Ley 30/1984, concretamente en el artículo 20, letra i), del apartado 1,⁴⁸ y en términos práctica-

47. El informe de la Comisión de Expertos se refiere a esta forma de provisión, expresando:

“La multiplicación de los problemas descritos se ha traducido en el uso habitual que se viene haciendo de las comisiones de servicio, que en algunas organizaciones se ha convertido *de facto* en el sistema normal de provisión de puestos de trabajo. Este instrumento, diseñado en la ley para permitir la movilidad funcional y geográfica en situaciones de urgencia, se arbitra como medio de cubrir una plaza vacante por funcionarios informalmente preseleccionados y funciona a la manera de un periodo de prueba, en el sentido de que transcurrido un cierto tiempo, en su caso el plazo máximo de la

comisión de servicios (o incluso superior), se pone en marcha el concurso correspondiente, adecuado a las características, capacidades y méritos del candidato ya ‘probado’.”

48. El precepto expresaba literalmente lo siguiente:

“La funcionaria víctima de violencia sobre la mujer que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo propio de su cuerpo o escala y de análogas características que se encuentre vacante y sea de necesaria provisión. En tales supuestos la Administración pública com-

mente coincidentes con los de aquél precepto se encuentra regulado en el artículo 82 de la Ley 7/2007, que es del siguiente tenor literal:

“Las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aun así, en tales supuestos la Administración pública competente, estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite.

“Este traslado tendrá la consideración de traslado forzoso.

“En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia.”

Es uno de los derechos que se concede a la mujer funcionaria –es también aplicable obviamente al personal laboral– víctima de la violencia de género, dentro de los establecidos en el artículo 24 de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre,⁴⁹ que se refiere a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica y a la excedencia.

Una de las cuestiones que se suscitan es la forma de acreditar la situación de violencia de género, situación que ha de estar sustentada en datos objetivos, que si bien no requieren actuaciones judiciales definitivas, ha de encontrar basamento en algunas de las actuaciones previstas en el artículo 23 de la propia Ley orgánica 1/2004, que normalmente será la orden de protección, o en otro caso el informe del Ministerio Fiscal que acredite la existencia de indicios de violencia de género.

La novedad principal que incorpora el texto de la Ley frente al precedente constituido por el artículo 20 de la Ley 30/1984, antes citado, es que no se precisa que exista vacante de necesaria cobertura, en

tanto que el texto precedente exigía la existencia de vacante y necesaria provisión.

Otra novedad del nuevo texto es que se considera el traslado forzoso, con el régimen especial que conlleva a efectos de permanencia en el destino e indemnizaciones por traslado, así como el deber de protección de la intimidad de las víctimas.

6.3. Movilidad interadministrativa

6.3.1. Antecedentes legislativos y consideraciones generales

Como antecedente de la regulación actual hemos de referirnos a la que se contenía en el artículo 17 de la Ley 30/1984.⁵⁰ Del contenido de este artículo, en términos sintéticos, puede decirse que confería la posibilidad de la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios de distintas administraciones públicas, si bien el régimen no era uniforme, en cuanto que en la redacción originaria del precepto los funcionarios de la Administración local sólo podrían participar en sistemas de provisiones de puestos de otras administraciones locales y de las comunidades autónomas, lo que se amplió ulteriormente en la reforma de la Ley 55/1999 a la Administración del Estado a “puestos relacionados con las funciones que les competen en materia de entidades locales”.

Este sistema, que suscitó en el momento de la reforma esperanzas de hacer efectiva la movilidad funcional, permitiendo desempeñar puestos de trabajo en administraciones distintas a la que el funcionario pertenece, ha resultado prácticamente inédito, pues ni se ha conferido un derecho a los funcionarios a participar en concursos para provisión de puestos en administraciones distintas a la que pertenecen, ni las administraciones hicieron uso de la posibilidad de aprovechar el personal de otras administraciones, ya que se confirió como meramente potestativo de las mismas la posibilidad de que se estableciera este sistema de provisión abierto, ya que era una opción dentro de su potestad de autoorganización de cada Administración la posibilidad de abrir la provisión de puestos a perso-

petente en cada caso estará obligada a comunicarle las vacantes de necesaria provisión ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite.”

49. El precepto es del siguiente tenor literal:

“La funcionaria víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.”

50. El precepto en la regulación dada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, establecía:

“1. Con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y

de las comunidades autónomas podrán ser cubiertos por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de estas administraciones públicas, de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo.

“2. Asimismo, los funcionarios de la Administración local, cuando así esté previsto en las relaciones de puestos de trabajo, podrán desempeñar puestos de trabajo en otras corporaciones locales, en las administraciones de las comunidades autónomas y en la Administración General del Estado en puestos relacionados con las funciones que les competen en materia de entidades locales.”

nal que no fuera el propio de cada entidad, debiendo en las relaciones de puesto de trabajo preverse la posibilidad de que los sistemas de provisión sean abiertos. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en sentencia 156/1998, de 13 de julio, consideró que esta norma no vulneraba el artículo 32.2 de la Constitución, siendo válida la reserva que el artículo 17.2 de la Ley 30/1984 efectuaba a las respectivas relaciones de puestos, para que en su caso a través de este instrumento de ordenación de los recursos humanos se pudiera optar por la posibilidad de abrir los sistemas de provisión.

Sobre la inexistencia de derecho del funcionario a participar en procedimientos de provisión distintos a los de la propia Administración de pertenencia, hemos de referirnos a las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1994⁵¹ y de 14 de octubre de 1997.

Han existido, así, recelos de las diversas administraciones a abrir los sistemas de provisión a funcionarios distintos a los propios, teniendo en cuenta que puede no haber existido reciprocidad por parte de otras, por lo que se ha preferido siempre utilizar exclusivamente a los funcionarios propios a los pertenecientes a otras administraciones, que pueden resultar desconocidos. De esta forma ha existido una excesiva compartimentación en estratos funcionariales cerrados, que de otro lado ha impedido, desde la perspectiva subjetiva, permitir a los funcionarios ejercitar sus funciones en aquellas administraciones o lugares de residencia que pudieran ser conformes con sus preferencias.

6.3.2. Regulación actual

La regulación actual viene constituida por el artículo 84 de la Ley 7/2007, precepto que es del siguiente tenor literal:

“1. Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas y las entidades locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante convenio de conferencia sectorial u otros instrumentos de colaboración.

“2. La Conferencia Sectorial de Administración Pública podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad.

“3. Los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración pública a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras administraciones públicas. En los supuestos de cese o supresión del puesto de trabajo, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración.”

Como consideraciones generales respecto a este texto pueden efectuarse las siguientes:

A) Se ha suprimido, lo que es encomiable, la referencia a las relaciones de puestos de trabajo que se contenía en la legislación precedente, que confería una opción a cada Administración a establecer la posibilidad de abrir a funcionarios los sistemas de provisión hacia funcionarios de otras administraciones públicas, con lo que dentro del marco general que se establezca en desarrollo del precepto, y particularmente a los convenios de conferencia sectorial, si finalmente se produce tal desarrollo, las posibilidades de movilidad serán superiores a las actualmente existentes, no siendo ya una mera facultad a efectuar en cada caso concreto, sino de una forma general y objetivada a través de las nuevas fórmulas de cooperación previstas en el precepto. En la práctica las relaciones de puestos de trabajo tendrán que seguir recogiendo si la forma de provisión es abierta a los funcionarios de todas las administraciones o reservada a las mismas, pero dentro del cuadro general normativo y de lo establecido en las fórmulas de colaboración previstas, particularmente los convenios de conferencia sectorial, a que seguidamente aludiremos.

B) Existe un cuadro normativo uniforme por cuanto los funcionarios de la Administración local no tienen especificidad alguna en relación con el resto de las administraciones públicas, frente a lo que ocurría en la legislación precedente, en que existían restricciones para dicho personal en los términos a que anteriormente se ha hecho referencia. Por lo tanto, en la regulación del texto actual no existe variedad alguna respecto a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley.

C) El marco de colaboración sigue siendo voluntario, a través de los convenios de conferencia sectorial, prevista específicamente en el artículo 100 de la propia Ley 7/2007 y que ha de atenerse a lo establecido con carácter general para este instrumento de coordi-

51. Esta sentencia se expresa en los siguientes términos:

“De tal modo que la fijación de la doctrina legal correcta ha de realizarse en estos términos: que el artículo 17 de la Ley 30/1984 no confiere un derecho a los funcionarios de la Administración del Estado inmediata e incondicionadamente ejercitable, sino que

les otorga la posibilidad de acceder a puestos de trabajo de la Administración de las comunidades autónomas en tanto en cuanto las relaciones de puestos de trabajo de la función pública de estas últimas administraciones contengan expresa previsión al respecto.”

nación en la Ley 30/1992, cuya fuerza obligatoria se encuentra prevista en el artículo 8.2 de dicha Ley. El legislador básico, dada la variedad de regímenes normativos que resultaran de la aplicación de sus previsiones y de la libertad de opción por la efectiva aplicación de un régimen de movilidad, como ya ocurría en la actualidad, ha optado por establecer fórmulas de colaboración, pues realmente no podía, dada la filosofía de normación mínima de la Ley, ir más lejos, si bien ha encauzado la posibilidad de desarrollo de la movilidad horizontal a través de las fórmulas de colaboración, que como es propio de un sistema plural se ha previsto en nuestro ordenamiento jurídico para coordinar la actuación de las distintas administraciones.

D) Dada la diversidad de regímenes ya existentes, la no-homogeneidad previsible del desarrollo de la carrera administrativa por cada Administración y el recelo de cada una de ellas a la entrada de funcionarios pertenecientes a otras –por muy distintas consideraciones que no es del caso exponer, como puede ser la diversidad de sistemas selectivos–, la Ley ha optado como presupuesto de la aplicación del sistema por la necesidad de la previa homologación de los distintos funcionarios de cada una de ellas. La homologación se efectuará en conferencia sectorial, al objeto de efectuar un estudio reflexivo sobre las identidades funcionariales que permitan unificar escalas, cuerpos o grupos funcionariales, que será el presupuesto para el ulterior ejercicio de la movilidad.

De todo lo expuesto sobre el particular hemos de decir que aun cuando el Estatuto ha avanzado estableciendo fórmulas de colaboración que permitan el ejercicio de la movilidad, previendo un cuadro general normativo de directa aplicación, de no implementarse efectivamente los modelos de colaboración previstos en el Estatuto, profundizando en el sistema establecido, sus previsiones pueden ser en este aspecto meramente programáticas y carentes de eficacia, como lo fueron las que se contenían en el artículo 17 de la Ley 30/1984.

7. Consideraciones finales

En relación con todo lo que hemos expuesto con anterioridad, pueden efectuarse las siguientes reflexiones.

7.1. Regulación de mínimos

La primera consideración crítica que puede efectuarse respecto al texto del Estatuto es el carácter

de mínimos de las previsiones del texto, que ha renunciado a establecer un cuadro general uniforme, que ni siquiera se encuentra vigente hasta que se produzca su desarrollo por los diversos legisladores, de forma tal que existe un riesgo de disgregación normativa que puede impedir un sistema mínimamente homogéneo. Deberemos confiar en que la fuerza expansiva de los principios contenidos sobre la provisión permita dicha trabazón homogénea.

7.2. El derecho al cargo se encuentra desvinculado del desempeño de un concreto puesto de trabajo

Son múltiples los aspectos en que se considera que existe una excesiva estabilidad en el empleo. A ello se hacía referencia en el informe de la Comisión de Expertos –apartado 5–, de forma que el derecho al cargo se desvincula del derecho al desempeño de un concreto puesto de trabajo, y así el artículo 14.b) formula el derecho al desempeño efectivo de funciones o tareas propias de la condición profesional del funcionario, pero no a un puesto de trabajo concreto. La provisión de puestos de trabajo debe, consiguientemente, situarse en este contexto, de tal manera que las concretas formas de provisión previstas responden a esta idea, que se complementan con las posibilidades de remoción en las formas analizadas, que si bien no eran ya novedosas, se ha profundizado en las mismas.

7.3. Aspectos complementarios de la regulación con incidencia en la provisión de puestos

Si seguimos complementando la idea expuesta existen instituciones previstas en el texto que intentan desvincular la carrera administrativa del desempeño de puestos de trabajo y como tal hemos de aludir a la carrera horizontal –artículo 17– que busca un desarrollo de la misma evitando los cambios en el puesto, aspecto propio de la provisión, y que tiene una clara incidencia en la posibilidad de acceder a nuevos puestos.

La evaluación del desempeño, prevista en el artículo 20 del Estatuto, incide en la misma idea, y ha de servir para situar en este contexto los sistemas de provisión en cuanto que dicha evaluación positiva es presupuesto para la continuidad en el puesto, como determina el apartado 4 de dicho precepto.⁵² Sin necesidad de mayores comentarios y sin incidir en el

52. El precepto determina:

“La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con

los sistemas de evaluación que cada Administración pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada.”

análisis de la reiterada evaluación,⁵³ que corresponde a otra ponencia del curso, es obvio que una evaluación negativa vendrá a suponer la remoción en el puesto obtenido mediante los sistemas de provisión que hubieren sido aplicables.

7.4. Carácter residual de los sistemas de provisión típicos

Si conjugamos la existencia de funcionarios directivos, artículo 13 del Estatuto, la proliferación de sistemas de provisión no ordinarios, particularmente la gran extensión del sistema de libre designación que puede convertirse en el sistema ordinario de provisión, frente al que debe serlo que es el concurso, las formas provisionales de provisión –en su forma más común las conocidas comisiones de servicio–, unido a la evaluación de resultados –que ha de ser positiva como presupuesto para obtener un determinado puesto o con la posibilidad de remoción en el obtenido–, junto a las posibilidades de traslados forzados por necesidades del servicio, reasignaciones de efectivos u otras múltiples formas, meramente apuntadas, como son los traslados entre puestos no singularizados, que implican o pueden implicar cambios de destinos, se puede entender que el derecho a la promoción obteniendo puestos de trabajo de nivel superior o la posibilidad de conservar el que hubiere sido obtenido se encuentra ampliamente cuestionado, con lo que existen en mi opinión amplias amenazas a un auténtico ejercicio imparcial de las funciones públicas que es característico del régimen estatutario en su perfil constitucional (artículo 103.3 de la Constitución española). Ello en definitiva puede llevarnos a pensar que existe una crisis del concepto de función pública en sentido prístino, habiendo acogido principios propios de Derecho Laboral, dado que incluso ha podido existir un cuestionamiento de la posibilidad de efectuar una laboralización de la función pública,⁵⁴ o en todo caso se está produciendo en el ámbito de la Administración pública una aproximación entre ambas formas de prestación de servicios, como demuestra la común denominación de empleado público que engloba a ambas formas de prestación de servicios, como especies comprendidas en aquel, de ahí que haya una regulación que pretende ser común a ambos, y en el concreto aspecto de la provisión de puestos puede entreverse una idea de alguna forma “desfuncionarizadora” en la forma clásica de entender la relación

estatutaria de empleo, recogiendo ideas propias del mundo laboral, en el que puede existir una amplia movilidad en el puesto de trabajo, sólo limitada por la titulación y la pertenencia a grupos o categorías profesionales (artículo 39 del Estatuto de los trabajadores). Desde esta consideración, en una idea clásica de la concepción estatutaria de la función pública, cuesta entender todas las instituciones que se han generado progresivamente para propiciar sistemas de movilidad de puestos, desvinculando el mismo del derecho al cargo, quizás fruto de excesos funcionariales –buscando la despatrimonialización del ejercicio de funciones públicas–, quizás pretendiendo crear servidores leales o quizás consecuencia de ambas cosas, mas sea como fuere ha de entenderse que existe una muy diferente concepción en el régimen de función pública. ■

53. No obstante, no resistimos a la tentación de citar la evaluación negativa que ya existe en otros países donde se ha implantado, según el comentario que al respecto realiza FUENTETAJA PASTOR en la *Revista de Administración Pública*, número 174.

54. A esta cuestión alude Luis ORTEGA ÁLVAREZ en “El nuevo Estatuto del empleado público. La dificultad de unas bases constitucionales coherentes y su relación con los estatutos de autonomía”, *InDret*, 4/2007, p. 6.

El Estatuto básico del empleado público: régimen del personal laboral al servicio de las administraciones públicas con especial incidencia en las administraciones locales

Miguel-Ángel Luelmo Millán
*Magistrado presidente de la Sección Cuarta
de la Sala de lo Social del Tribunal Superior
de Justicia de Madrid.
Profesor asociado de la UNED*

1. Panorámica general estatutaria.
 2. Algunos derechos de los empleados públicos.
 3. Algunos deberes de los empleados públicos.
 4. La jurisdicción estatutaria.
 5. La seguridad y la salud en el marco estatutario.
 6. Unas conclusiones de carácter general.
- Bibliografía.

1. Panorámica general estatutaria

Con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (EBEP), se viene a dar cumplimiento definitivo al mandato de la Constitución española contenido en su artículo 103.3, que dispone que la Ley regulará “el estatuto de los funcionarios públicos”, siendo una de las materias reservadas a la competencia exclusiva del Estado, según su artículo 148.1.18, “las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios”.

El modelo de Estado plasmado y surgido de la norma suprema ha supuesto una drástica transformación de la Administración General del Estado y una reducción del ámbito de sus funciones y competencias en favor de las administraciones autonómicas y locales, constituyendo la suma de todas ellas lo que se denomina genéricamente administraciones públicas, generando actualmente la mayor fuente de empleo, no sólo por su diversidad, número y extensión territorial –que abarca, evidentemente, la completa geografía nacional– sino también por haber reforzado y extendido sus servicios, a lo que se ha de añadir la multiplicación de otros organismos, territoriales o no, pero públicos también (entes, sociedades, agencias, universidades, etc.), así como fenómenos como el de la externalización, que inciden sobre lo mismo, todo lo cual conforma un novedoso panorama que constituye una particular miscelánea de poderes y servicios con un denominador común como es su naturaleza pública, cuyo sistema de empleo era necesario ordenar y agrupar bajo una serie de normas comunes presididas por la idea de la descentralización y de la autonomía organizativa pero también de la armonización en la configuración general del Estado al que todas pertenecen.

Así surge la precitada Ley 7/2007, cuya denominación, Estatuto básico del empleado público, es comprensiva tanto de los funcionarios de las administraciones públicas como del personal de las mismas contratado conforme a la legislación laboral, porque según entiende su exposición de motivos, “si bien por imperativo constitucional no puede ser éste (último) el régimen general del empleo público en nuestro país ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público, no debe desconocerse que un porcentaje significativo de los empleados públicos tie-

nen la condición de personal laboral, conforme a la legislación vigente”, añadiendo que “la flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración”.

Ello justifica, quizás, la tesis¹ de que “la laboralización del empleo público avanza a través del proceso imparable de creación de nuevos organismos y entidades públicas de todo tipo en los que se viene fragmentando la clásica Administración departamental, entre cuyo personal se prevé, en un altísimo porcentaje, el vínculo laboral. Lo mismo puede decirse de la Administración local, que cuenta con el más alto porcentaje de personal laboral de los tres niveles de gobierno, muy superior al 50% si se incluyen los contratos temporales”.

De lo que no cabe duda es de que la interrelación entre lo público y lo privado es cada vez más intensa y que las administraciones públicas se ven impedidas, por distintos factores, a asumir ese doble régimen en el área del personal a su servicio, de manera que una norma como el Estatuto lo que trata es de armonizar en lo posible las actuaciones en la materia de acuerdo con los principios de cooperación y colaboración entre aquéllas, tal y como ya dispusiera el artículo 9.2 de la LRJAPyPAC y ahora reitera el artículo 99 de la nueva norma al objeto de servir del mejor modo posible a los ciudadanos y al interés general, y ello lo hace por medio de un diseño normativo integrado por reglas comunes para el conjunto de los funcionarios de todas las administraciones públicas y unas normas legales específicas aplicables a su personal laboral.

Se ha dicho² que los puntos básicos en los que se puede sistematizar el contenido estatutario son: un Estatuto para todos los empleados públicos que establece un régimen básico común de derechos y deberes para todos ellos, sean funcionarios o contratados laborales; un Estatuto para todas las administraciones públicas con las excepciones taxativas y cerradas que él mismo establece; un Estatuto “de mínimos”, en cuanto que su regulación abre vías a la autonomía de las comunidades autónomas y de la Administración local, y de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante convenio de conferencia sectorial u otros instrumentos de colaboración, siendo de precisar que, conforme a los “Criterios para la aplicación del Estatuto básico del empleado público en el ámbi-

1. SÁNCHEZ MORÓN, M., “Consideraciones generales sobre el Estatuto básico del empleado público”, en *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, VV.AA., curso extraordinario de la Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2007.

2. SEMPERE NAVARRO, A.V.; QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “El personal laboral del sector público”, *Aranzadi Social*, 14/2007, Tribuna.

to de la Administración local” del Ministerio de Administraciones Públicas, el EBEP se aplica al personal funcionario o laboral de la Administración de las distintas clases de entidades locales reguladas en el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril: municipios, provincias, islas, entidades de ámbito territorial inferior al municipal instituidas o reconocidas por las comunidades autónomas, comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios instituidas por las comunidades autónomas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios, así como organismos autónomos y entidades públicas empresariales locales vinculados o dependientes de cualquiera de las entidades locales citadas, así como a consorcios de los que formen parte entidades locales salvo que, según sus estatutos, adopten la forma de sociedad mercantil.

Sobre la base de cuanto se viene de decir y en relación con todo ello, merecen entresacarse y resaltarse como más significativos de la regulación legal respecto del personal laboral los preceptos que a continuación se identifican, comenzando por el artículo 1 de la norma en cuestión, que en sus dos primeros apartados dispone que “el presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases de régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación”, y que “asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las administraciones públicas”, señalando acto seguido (apartado 3) cuáles son los “fundamentos de actuación” que animan la norma,

que, en número de doce, van desde el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales, hasta la cooperación entre las administraciones públicas en la regulación y gestión del empleo público.

Al personal laboral se hace expresa referencia en su artículo 7, indicando que se rige “además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”, siendo de destacar desde el primer momento la peculiaridad que supone la personalidad jurídica del empleador (Administración pública). Y tras considerar el artículo 8.1 de la Ley que son empleados públicos “quienes desempeñan funciones retribuidas en las administraciones públicas al servicio de los intereses generales”, incluye en tal concepto en el apartado 2.c) del mismo precepto al personal laboral, “ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal”,³ abundando en tal idea el artículo 11 cuando dispone que “es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos para las administraciones públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”, acotándose de antemano por esta misma vía normativa el ámbito de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral al reservar a la legislación de desarrollo el establecimiento de los criterios para la determinación de tales puestos respetando en todo caso lo establecido en el

3. Para tener más claras las diferencias, puede verse la STS (Sala 4ª) de 6 de marzo 2003, que establecía que “se incurre desde luego en fraude (con las salvedades y suavizaciones conceptuales incluidas más arriba, por tratarse de un empresario del sector público), y se perjudica al trabajador, si, ante situaciones que se pretexta son de interinidad, se les contrata bajo fórmulas muy limitadas en el tiempo, ya que los tiempos de inexistencia de titular, propios de la modalidad de interinidad, suelen ser mayores; buena prueba de ello es que la empleadora ha retenido el aspecto que le beneficia la aparición de un propietario, por contratación fija producida antes del plazo de eventualidad preestablecido, no impide la extinción del contrato; siendo por tanto incomprensible que el trabajador no se aproveche de este otro lado de la balanza. La consecuencia no puede ser otra que la transformación del contrato eventual en un contrato por tiempo indefinido”. Ello es lo que resulta del artículo 15.3, EDL 1995/13475, cuando habla de contratos celebrados en fraude de ley. La consecuencia no puede ser otra que la transformación del contrato eventual en un contrato por tiempo indefinido. Este *fraus legis* no implica siempre y en toda circunstancia una actitud de la Administración empleadora estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*), sino la simple y mera consciencia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada. En este sentido y con este único alcance, cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el artículo 6.4 del Código Civil (LEG 1889/27): el contrato de trabajo se concluyó al ampa-

ro de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir. La norma a que estamos aludiendo aparecía con claridad en el artículo 15.1 del ET (RCL 1980/607) (redacción de 1984 [RCL 1984/2012]): “El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante, podrá celebrarse contratos de duración determinada” en los supuestos que a continuación se describe, uno de ellos, el de eventualidad. Se contaba pues con una regla (“se presume”) y con una excepción (“no obstante”). Cosa que se confirmaba en preceptos varios que decretaron la duración indefinida cuando la duración determinada no se apoyaba correctamente en una habilitación legal expresa (omisión de alta en la Seguridad Social, artículo 15.2 actual; incidencia en fraude: artículo 15.3 también actual; inexistencia de forma escrita legalmente precisada: artículo 8.2). La tendencia se perpetúa, incluso tras la reforma introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (RCL 1994/1422, 1651), a partir de la cual el artículo 14.1 dice como vimos: “El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.” Como observó y sigue advirtiendo la doctrina más autorizada, el cambio terminológico no elimina la preferencia del contrato indefinido, ya que el de duración determinada sólo es posible en los casos que la norma explicita, la cual ha mantenido parecidas conversiones en tiempo indefinido, si el trabajador no está de alta en la Seguridad Social, si se ha cometido fraude de ley o se ha prescindido de la forma escrita legalmente pedida.

artículo 9.2, conforme al cual “las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las administraciones públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos”, cabiendo, por otro lado, la posibilidad de que el personal laboral pueda acceder a la condición de personal directivo (“personal directivo profesional”: artículo 13.4) con sometimiento a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, lo que tiene, entre otras consecuencias, que la determinación de sus condiciones de trabajo queda al margen de la negociación colectiva de acuerdo con lo prevenido en el artículo 3 del Real decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

Debe reseñarse, en fin, al respecto que las disposiciones transitorias segunda y cuarta contienen previsiones acerca, respectivamente, del personal laboral fijo que desempeñaba funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario a la entrada en vigor del EBEP para que puedan seguir desempeñándolos o para que puedan participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición y acerca de la consolidación de empleo temporal mediante convocatorias a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a los distintos cuerpos, escalas o categorías dotados presupuestariamente a favor de quienes los estuvieren desempeñando interina o temporalmente antes del 1 de enero de 2005.

De todo ello se deduce, en primer lugar y como ya ha tenido ocasión de poner de manifiesto la doctrina,⁴ que “a diferencia de lo que sucede con el personal funcionario, la normativa aplicable con carácter general al personal laboral de las entidades locales es la estatal, puesto que la comunidad autónoma sólo tiene competencias ejecutivas en esta materia” y, en particular, respecto del personal directivo profesional, aunque puede ser tanto funcionario como laboral, el EBEP “atribuye las competencias en esta materia no a disposiciones legales de desarrollo sino a decisiones del ejecutivo y olvida a los gobiernos locales”,⁵ porque alude únicamente al Gobierno (de la nación) y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas como competentes para establecer, en desarrollo del Estatuto, el régimen jurídico específico de ese personal directivo y los criterios para determinar su condición, lo que no parece muy respetuoso con la autonomía local, aunque puede

entenderse que “el personal directivo profesional se regulará en las futuras normas de régimen local, lo que vendría a ser una excepción en el modelo unitario que pretende el Estatuto”.⁶

Todo cuanto a partir de aquí se expone se refiere a los empleados públicos de relación laboral, sea o no común a los funcionarios públicos y siguiendo el mismo orden normativo del Estatuto, extrayendo sólo algunas de las cuestiones más relevantes insertas o derivadas de su texto, sin pretensiones, por tanto, de exhaustividad.

2. Algunos derechos de los empleados públicos

El título III del EBEP es el que aborda tanto los derechos como los deberes de los empleados públicos así como el código de conducta aplicable a los mismos, siendo de reseñar respecto de los primeros que están organizados en dicho texto en torno a una doble clasificación que los distingue como meros “derechos individuales” o como “derechos individuales ejercidos colectivamente” (comúnmente conocidos como derechos colectivos). Para los primeros (artículo 14) se efectúa una relación abierta de hasta un total de diecisiete que culmina con la fórmula “los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, destacando entre los enumerados los de directo entronque constitucional como el respeto a la intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, el derecho a la no-discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, el derecho a la libertad de expresión, el de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social o a la libre asociación profesional, y otros de más inmediata vinculación con la legalidad ordinaria, como el derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas, el derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna (aunque cuidando de señalar que siguiendo los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad), a percibir las retribuciones correspondientes, el derecho a participar en la consecución de los objetivos profesionales o, en fin, el derecho a la formación continua y a la actualización permanente de los conocimientos.

4. Vid. SALANOVA ALCALDE, R. “Incidencia del Estatuto básico del empleado público en la normativa de la Administración local”, en *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, curso extraordinario de la Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2007.

5. Ídem.

6. Ídem.

Por su parte, entre los segundos cuenta (artículo 15) el derecho a la libertad sindical, a la negociación colectiva, al ejercicio de la huelga, al planteamiento de conflictos colectivos o el derecho a la reunión.

El artículo 19 se refiere, en concreto, a la promoción profesional, remitiéndose a lo prevenido al respecto en el Estatuto de los trabajadores (ET) y en los convenios colectivos, estableciéndose acto seguido (artículo 21) el método de evaluación del desempeño de todos los empleados públicos como modo de constatación del logro de los fines de cada Administración y como factor de proyección en la carrera profesional horizontal y en la percepción de las retribuciones complementarias entre otros extremos.

En cuanto al sistema retributivo en general del personal laboral (artículo 27), se establece que sus percepciones “se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto”, precepto, este último, que se refiere a la limitación que al respecto supone para cada ejercicio económico la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado. Hay, pues, un sistema de fuentes, establecido desde lo general hasta lo particular, regulador de la obligación de remunerar el trabajo, que es la contraprestación básica de éste, constituyendo cada una de esas normas el contenido mínimo de la siguiente en el orden expositivo, por lo que se habrá de estar en primer lugar al contenido de los artículos 26 y siguientes del ET, a los preceptos del convenio colectivo aplicable en cuanto puedan mejorar aquél y al propio contrato de trabajo individual en lo que éste, a su vez, pueda resultar más favorable al trabajador que el convenio correspondiente.

Los derechos a la negociación colectiva⁷ y a la representación y participación institucional y el de reunión⁸ se formulan a través de una primera norma reguladora de unos “principios generales” (artículo 31) que define qué se entiende por cada uno de ellos a los efectos de la Ley, cuyo contenido debe respetarse en todo caso en el ejercicio de aquéllos, precisándose respecto del personal laboral en concreto en el artículo siguiente (32) que dicho personal se regirá, por lo

que hace a tales derechos, “por la legislación laboral sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente les son de aplicación”, lo que supone una nueva y genérica remisión al ET (artículos 82 a 92), excepto en lo que se refiere a las mesas generales de negociación y a las materias objeto de negociación, que se regirán por lo dispuesto en el EBEP (artículos 36 y 37), disponiendo estos preceptos en lo sustancial que “para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral, de cada Administración pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las comunidades autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y entidades locales, una Mesa General de Negociación” (artículo 36.3) y que las materias objeto de negociación son las que se relacionan taxativamente en número de trece en el artículo 37.1, cuyo siguiente apartado (37.2) relaciona las que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación.

El derecho de reunión (artículo 46), en fin, exige para ser ejercido que se convoque por un número no inferior al 40% del colectivo convocado, habiendo optado el EBEP por unificar su régimen jurídico “inclinándose por aplicar a todos los empleados públicos el régimen funcional y no el laboral, por estar pensado más para las administraciones públicas”.⁹

Una pequeña referencia, al menos, merecen los derechos que, en capítulo aparte, se recogen en el Estatuto relativos a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones, respecto de los cuales se ha resaltado¹⁰ que el permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo que conforme al artículo 49.c) del EBEP tendrá una duración de quince días, sin más requisitos, es aplicable en esos términos no sólo a los funcionarios públicos sino también a los trabajadores de las administraciones públicas, de manera que, según esa doctrina, para la obtención del subsidio por tal motivo no será necesario para los trabajadores de las administraciones públicas la acreditación de un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión o, alternativamente, de 360 días a lo largo de la vida

7. Respecto de ésta M. SÁNCHEZ MORÓN ya advierte en su trabajo “Consideraciones generales sobre el Estatuto básico del empleado público”, en *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, obra ya citada, con una prevención pesimista, que “si la negociación colectiva amparada por el Estatuto dificulta de manera inmoderada el funcionamiento regular de la Administración o supone un lastre excesivo en términos de coste o productividad, los diferentes gobiernos y administraciones tenderán a externalizar cada vez más funciones públicas y preferirán las formas de gestión privada de los servicios públicos que les permitan escapar de la presión sindical”, señalando igualmente que “la negociación colectiva y

más allá de ello, el reconocimiento del papel de los sindicatos en el marco del sistema del empleo público, no pueden conducir al olvido o a la relajación de los principios y valores característicos de la función pública”.

8. Acerca de estos tres últimos derechos y el de planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, puede verse también SALA FRANCO, T. “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, trabajo ya citado.

9. PERONA MATA, C. *Estatuto básico del empleado público comentado*, La Ley, 2007.

10. Ídem.

laboral con anterioridad a la mencionada fecha porque “el principio de especialidad de las normas y la interpretación que ha de hacerse del alcance de la modificación realizada en la Ley de igualdad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, permite concluir que la suspensión del contrato de trabajo por paternidad no es de aplicación en el ámbito de las relaciones de empleo de la Administración. Lo contrario significaría introducir una diferencia de trato injustificada entre el personal funcionario y laboral, lo que es, por otra parte, absolutamente contrario al principio fundamental de igualdad de trato de los empleados públicos que se establece en los acuerdos Udalhitz. Por ello ha de considerarse la primacía del Estatuto básico del empleado público a estos efectos, que incluso ha regulado este supuesto de modo más favorable, ya que contempla quince días de permiso con percepción íntegra de las retribuciones sin condicionamiento a que se acredite un período mínimo de cotización previo”. Cabe, no obstante, diferenciar entre el permiso propiamente dicho¹¹ y el subsidio, siendo de apuntar respecto de este último que la solución referida no parece compadecerse del todo con el carácter prestacional (prestación contributiva) que el mismo posee y con lo que en relación con ello dispone con carácter general el artículo 124 de la LGSS en relación con el artículo 133 del mismo texto, cuyo artículo 7,¹² en fin, dispone que estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social tanto los trabajadores por cuenta ajena como los funcionarios públicos.

3. Algunos deberes de los empleados públicos

En el marco ya de los deberes –que comparten, como se dijo, título con los derechos– de los empleados públicos, es decir, los comunes a funcionarios y trabajadores al servicio de las administraciones públicas, se introduce en el artículo 52 un código de conducta¹³ y en el siguiente (53) los “Principios éticos” que deben regir la actuación profesional de los empleados públicos, mereciendo resaltarse que en su apartado 4 se especifica que la conducta de los mismos “se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico,

género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, lo que se completa con la exigencia, en el artículo siguiente (54) relativo a los “Principios de conducta”, del mandato de tratar con atención y respeto (apartado 1) a los ciudadanos, así como “a sus superiores y a los restantes empleados públicos” y de observar (apartado 9) “las normas sobre seguridad y salud laboral”.

Acto seguido, en un ámbito perfectamente diferenciado (título IV del EBEP) de los deberes (que se trataban en el capítulo VI del título anterior), pero igualmente presidido por un sistema de directrices o “Principios rectores”, el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicios se rige por unas pautas según las cuales las administraciones públicas “seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales” de igualdad, mérito y capacidad, así como otros de inferior entidad pero también relevantes, como los de publicidad de las convocatorias y sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre los procesos selectivos y las funciones a desarrollar y agilidad en dichos procesos sin perjuicio de la objetividad, siendo también de aplicación todo ese conjunto de normas de comportamiento administrativo a las sociedades mercantiles en cuyo capital participen total o mayoritariamente las entidades locales, las fundaciones locales que se constituyan con una aportación mayoritaria de las entidades locales o su patrimonio fundacional permanente esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades y, en fin, los consorcios de los que formen parte las entidades locales que, de acuerdo con sus estatutos, adopten la forma de sociedad mercantil.

Los principios de actuación ética en la función pública y el código de conducta como pauta de la misma están expresamente establecidos para las entidades locales en la disposición adicional primera del EBEP.

Por su parte, la disposición adicional octava, referente a los planes de igualdad y a la obligación de las administraciones públicas de “adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación labo-

11. De la aplicación integrada de los artículos 37.3.b) y 48.bis del ET (introducido el segundo por la Ley orgánica 3/2007, de 23 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) resultan también quince días (2 + 13), los dos primeros de permiso y los trece restantes con suspensión del contrato conforme al artículo 45.1.d) del mismo texto.

12. Apartado 1.a) y e).

13. Acerca de la conveniencia de un específico “código de buena conducta negocial” que desarrolle de manera concreta el deber de negociar de buena fe que alcanza a ambas partes en la negociación colectiva, véase SALA FRANCO, T., “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, en *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, VV.AA. (director M. Sánchez Morón), obra ya citada.

ral entre mujeres y hombres”, ordena igualmente a éstas “elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo [...] en los términos previstos en el mismo”.

Todo ello debe enmarcarse en el ámbito de un concepto relativamente nuevo y de origen empresarial norteamericano, al que se denomina “Responsabilidad Social Corporativa” (RSC), como movimiento que pretende la autorregulación empresarial (en este caso de las administraciones públicas como empleadoras) en el contexto de un mundo globalizado e interdependiente¹⁴ y de la que se ha dicho¹⁵ que es una decisión estratégica que impregna todos los niveles de la empresa y cuyo valor añadido se refleja, no en la cuenta de resultados, sino en la apreciación que la sociedad haga de ella.

Términos como códigos de conducta, gestión integrada y planificación de recursos humanos, lucha contra la corrupción, transparencia, promoción del entorno cultural y medioambiental, etc., se han extrapolado ahora al ámbito de las administraciones públicas y dan medida de un sentimiento común que tanto a niveles internos como internacionales pretende construir un concepto de relaciones de trabajo sobre cimientos sociales sólidos cuya fortaleza vendrá dada por la convicción corporativa de que no hay mayor capital que el personal al servicio de las entidades que lo emplea, sean públicas o privadas, las cuales, con la observancia de esas reglas, serán las que puedan cambiar las estructuras y los comportamientos dañinos para el mejor funcionamiento y logro de sus fines, para su propio personal y para los destinatarios de los servicios y actividades propios de las mismas.

Se pretende, pues, un régimen de transparencia y de fluidez y para estimular un comportamiento correcto en este sentido y en otros de fundamental trascendencia, como el del trato al medio ambiente y el crecimiento acorde con el mismo, fueron en principio distintas organizaciones internacionales como

la ONU, OIT y OCDE, entre otras, y hasta organizaciones sindicales internacionales como la CIOSL, los que establecieron programas específicos, códigos de conducta y directrices destinadas a las empresas y grupos multinacionales, si bien siempre como normas con carácter voluntario.

4. La jurisdicción estatutaria

En cuanto a la jurisdicción competente para conocer, llegado el caso, de las cuestiones que se susciten entre las administraciones públicas y sus empleados, parece claro, en principio, que corresponde a la contencioso-administrativa cuanto atañe a sus funcionarios y a la social lo que afecte a los trabajadores por cuenta ajena de dichas administraciones, tal y como se desprende, respectivamente y tanto en relación con las competencias atribuidas *ex lege* a cada jurisdicción como las que se establece normativamente de modo expreso que no les corresponde, de los artículos 1 a 3 de la LJCA y de los de igual número de la LPL, teniendo en cuenta que en este último ámbito la Administración pública concernida actúa como empresario, existiendo, no obstante, como suele acontecer cuando de ámbitos contiguos se trata, de zonas más difusas sobre las que la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse para atribuir dicha competencia a una u otra jurisdicción, como cuando se trata de cuestiones relativas a la convocatoria o selección de trabajadores previas a su incorporación laboral que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y una vez ingresados, cuanto afecta a sus derechos u obligaciones o a su promoción incumbe a la jurisdicción social, y ello porque, en el primer caso, “no estamos ante el enjuiciamiento de la actuación de la Administración en su condición de empleador, sino ante el control de un acto que tiene por objeto regular un proceso de provisión de puestos de trabajo al servicio de la Administración”.¹⁶ Por

14. Sobre la cada vez más estrecha relación e interdependencia entre lo público y lo privado, véase ALBI, E., *Público y privado, un acuerdo necesario*, Ariel, Barcelona, 2000.

15. *La Gaceta de los Negocios* de 25 de abril de 2005, suplemento especial.

16. STS (Sala 3ª) de 22 de julio de 2003 (ROJ: STS 5292/2003), que señala:

“La aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos lleva a diferenciar: a) La jurisprudencia de la Sala de Conflictos (entre jurisdicción social y contencioso-administrativa), que ha examinado esta problemática en autos de 16 de octubre de 1986, 28 de marzo de 1990, 8 de marzo de 1991, 6 de marzo y 24 de octubre de 1996, 26 de junio de 1998, sosteniendo como criterio decisivo para la debida delimitación de competencias no sólo el carácter del órgano y del acto, que en este caso es asumible por el Derecho Administrativo, sino también el área jurídica en que inci-

de, pues, a falta de expediente administrativo, en este caso se impugnó una resolución de 20 de marzo de 2000, cuyo contenido no se incorpora, del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña sobre resolución de concurso de cambio de destino para la provisión de puestos de trabajo de personal laboral fijo; b) La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, especialmente al resolver recursos de casación para unificación de doctrina, la que ha concretado una evolución jurisprudencial que podemos subrayar en los siguientes criterios: 1º. La STS de la Sala 4ª de 23 de junio de 1997, al resolver el recurso de casación 1760/96 señala que la atribución de competencias a los tribunales del orden contencioso-administrativo se realiza en el artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial, que les confía la resolución de ‘las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y a las disposiciones reglamentarias’.

el contrario, se declara la competencia de la jurisdicción social cuando se trata de la impugnación de un convenio colectivo de una administración pública (entidad local).¹⁷

Tal y como apunta la doctrina,¹⁸ “el problema serio vendrá dado por la competencia en materia de acuerdos pactados en las mesas generales de negociación contempladas por el EBEP cuando se refieren a ‘cuestiones comunes’ (artículo 36.3), apuntando como solución al núcleo de intereses afectados para determinar quién posee jurisdicción en la

materia y que las ‘cuestiones de prejudicialidad’ que se planteen en zonas secantes entre el personal laboral y el personal funcionario podrán ser normalmente resueltas por el orden contencioso-administrativo”. Ello, en principio, puede ser así habida cuenta de que existe una base normativa expresa que, aunque de carácter general, lo permite, cual es el artículo 4 de la LJCA, pero no cabe olvidar que también la jurisdicción social hace lo propio en su artículo 4.2.

“En desarrollo de ambos mandatos, el artículo 3.a) de la Ley de procedimiento laboral excluye de la rama social de la jurisdicción el conocimiento de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo en materia laboral. Y ha entendido la doctrina científica que tales actos sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral, pueden agruparse en tres grupos: sanciones, autorizaciones y actividad reglamentaria [...]. 2º. La STS, Sala Cuarta, de 17 de febrero de 1998, en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1297/97 declara que el orden jurisdiccional social no es competente para resolver las incidencias que surjan de una convocatoria de un órgano de la Administración pública para acceso desde el exterior a plazas laborales de la entidad, y ello por las siguientes razones: no es discutible que estamos ante una materia laboral, pues las plazas que se convocan tienen este carácter. Pero la materia, sobre la que versa la actuación de la Administración, no resulta decisiva a este respecto, ya que hay que atender al carácter del acto y la naturaleza de su regulación. El artículo 2.a) de la Ley de procedimiento laboral, al establecer la exclusión, se refiere a los actos de las administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral. La convocatoria para la provisión de plazas laborales de nuevo ingreso aparece como un acto de estas características, y, concretamente, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. 2º. Mientras que en las convocatorias de promoción interna la Administración actúa claramente como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de indiscutible carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, no sucede lo mismo con las convocatorias de nuevo ingreso. En este caso, aunque la Administración convocante es la que luego ha de contratar, su actuación es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo público en términos fijados por la Ley y dirigida en principio a todos los ciudadanos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. 3º. El criterio reiterado por la Sala Cuarta de este Tribunal a partir de la sentencia de la Sala General del 21 de junio de 1992, de las que son ejemplo, entre otras, las sentencias del 11 de marzo y 10 de noviembre de 1993, citadas en la de 15 de octubre de 1997, consiste en subrayar que el órgano competente para el conocimiento de las incidencias que surjan en la convocatoria de un órgano de la Administración pública, para el acceso al exterior a plazas laborales es el contencioso-administrativo. Así se desprende, como expresa la sentencia de la Sala General, ‘de la naturaleza del acto, de sus destinatarios y de la regulación contenida en la Ley 30/1984 y en el Real decreto 2233/1984. Este último distingue entre las convocatorias para el personal de nuevo ingreso, que se someten a lo previsto en los títulos I y III del Real decreto y a los

criterios generales de selección que se fijen por el Ministerio de la Presidencia (artículo 25), y los sistemas de promoción interna y de cobertura de vacantes del personal laboral que no sea de nuevo ingreso, a los que no es aplicable la regulación del Reglamento general, rigiéndose por sus reglamentaciones específicas o los convenios colectivos en vigor (artículo 24.2)’. En forma diferente a lo establecido por el ordenamiento laboral, en el que prima el principio de la libertad de contratación del empresario, en el caso que nos ocupa se está actuando una potestad administrativa que se regula también predominantemente por normas administrativas fijadas por el Servicio de Bienestar Social de la Generalidad, conforme a los parámetros establecidos en la convocatoria de las plazas con carácter temporal, haciendo referencia las normas de convocatoria al Texto refundido en materia de función pública de Cataluña que contiene el Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre. La regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa y se trata, por tanto, de actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo.”

17. STS (Sala 3ª) de 27 de julio de 2005 (ROJ: STS 5174/2005), que transcribe en parte y textualmente el Auto de la Sala Especial de Conflictos de dicho alto tribunal señalando que:

“lo que se impugna no es un acto administrativo concerniente a la formación de la voluntad del ente local, sino el contenido de lo negociado por las legitimadas representaciones empresarial y social, por lo que como señala la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada en recurso para unificación de doctrina de 25 de noviembre de 1991, la Administración pública en el supuesto de autos no actúa en el ejercicio de su poder, sino como empresario al igual que puede ocurrir en la relación civil en que intervenga, y por ello para determinar la competencia no puede atenderse al órgano de que proviene, subjetivismo que supondría un privilegio no establecido por la Ley, porque ésta quiere que la Administración cuando actúa como un particular quede sometida al orden social cuando la materia esté regulada por esta norma del ordenamiento jurídico. Se discute como ya se indicó, la legalidad del contenido del convenio, cuya negociación culminó con el acuerdo de la Administración y no la legalidad formal de éste, pues es aquel contenido y no el acuerdo, quien en su caso podrá contener la extralimitación de los límites de la Ley de presupuestos, lo que implica que el título de la pretensión corresponda a la rama social del Derecho y no al Derecho público administrativo.”

18. CHAVES GARCÍA, J.R., “Diez cuestiones capitales sobre el impacto del Estatuto básico del empleado público en la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, obra ya citada.

5. La seguridad y la salud en el marco estatutario¹⁹

Volviendo a la concreta regulación del EBEP, cabe señalar que uno de los principios de los repetidos códigos de conducta es la seguridad y salud laboral (precitado artículo 54.10) que probablemente sea uno de los derechos individuales de mayor trascendencia de los empleados públicos por cuanto a la salud se somete y condiciona y de la misma depende todo lo demás, y ella, a su vez, está en buena manera supeditada a la seguridad con que se trabaje, constituyendo un fenómeno opuesto, también en el ámbito de las administraciones públicas, los riesgos psicosociales²⁰—algunos, como el acoso moral o laboral, de especial incidencia en el ámbito de las administraciones locales juntamente con el educativo y el sanitario— con suficiente entidad, por otra parte, como para hacer una referencia no pequeña a los mismos,²¹ dados los bienes a los que atentan, cabiendo destacar al respecto que en el título VII, en el que se establece el régimen disciplinario, y tras especificar que la potestad correspondiente se ejercerá, entre otros principios, en virtud de la predeterminación normativa, que en el caso del personal laboral consistirá [artículo 94.2.a)] en los convenios colectivos, el artículo 95.2.o) considera falta muy grave el acoso laboral, habiéndose ya dejado constancia²² de que quizás habría sido posible una mayor atención al fenómeno en otros extremos y darle igual tratamiento que a otros que tienen la misma raíz, como la violencia de género, pues ambos no son sino manifestación de los malos tratos, y así —y siquiera sea a mero título de ejemplo— podría haberse incluido en el artículo 89 regulador de la excedencia de los funcionarios de carrera (con paralela reforma del artículo 46 del ET respecto de los trabajadores en general), entre cuyos tipos [apartado d)] aparece la “excedencia por razón de violencia de género”, cuando dicha medida podría ser también una de las posibles soluciones al acoso si así lo solicitase la víctima del mismo y sin

perjuicio siempre de las medidas a adoptar contra quien/es lo hubiesen practicado, que es, en esta fase de producción del daño, el mejor modo de evitar su repetición, por el carácter sancionador y restaurador que las mismas poseen, operando cuando han fracasado las medidas preventivas, pero que no deben, en ningún caso, sustituir a éstas.

También ha habido ya oportunidad de señalar²³ que los factores psicosociales hay que tenerlos en cuenta como posibles riesgos de patologías invalidantes temporal o permanentemente en el trabajador, pudiendo entenderse como factores psicosociales “aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con la organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que tienen capacidad para afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo”.²⁴

Existe un suficiente consenso jurídico en torno a la mayor difusión del negativo fenómeno de los riesgos profesionales de naturaleza psicosocial en las instituciones y entes públicos, y la doctrina viene denunciando desde hace ya tiempo²⁵ que “la organización del trabajo y la gestión del personal en las administraciones públicas se muestran, lamentablemente, como un campo especialmente abonado para la emersión y desarrollo de gravísimas ‘patologías laborales’, vicios institucionales y conflictos interpersonales degenerativos, ignorando y contradiciendo hasta el paroxismo los más elementales principios que por imperativo constitucional han de inspirar la actividad de la Administración”.

Desde la propia Constitución española, como norma suprema y referencia obligada de todas las demás, se preconiza el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, con total respeto al libre desarrollo de la personalidad, según expresa el primero de los artículos (10.1) de su título primero, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, declarándose, por otro lado, en el capítu-

19. Vid. LUELMO MILLÁN, Miguel-Ángel, “La salud en el marco de las relaciones laborales con las administraciones públicas: Los riesgos psicosociales, su prevención y sus consecuencias jurídicas”, en *Relaciones laborales en las administraciones públicas, Cuadernos de Derecho Judicial*, julio de 2007, Consejo General del Poder Judicial.

20. Pueden considerarse tales el acoso moral, el síndrome del quemado o *burn out*, el estrés, el síndrome ansioso-depresivo y el síndrome de fatiga crónica, que muy a menudo se entremezclan o aparecen como causa o consecuencia unos de otros.

21. Sobre el particular puede verse CASTILLO BLANCO, F.A., “Los derechos individuales de los empleados públicos y su concreta referencia a las medidas contra el acoso sexual, moral y laboral y el derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, 2ª edición, 2008.

22. LUELMO MILLÁN, Miguel-Ángel, “La salud en el marco de las relaciones laborales con las administraciones públicas: Los riesgos psicosociales, su prevención y sus consecuencias jurídicas”, en *Relaciones laborales en las administraciones públicas*, obra ya citada.

23. LUELMO MILLÁN, M.A. “La normativa que viene sobre el acoso moral y sexual y las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales más recientes a su tratamiento jurídico”, *Aranzadi Social*, 12, noviembre de 2006.

24. INSHT, NTP 443: “Factores psicosociales: Metodología de evaluación”, en http://www.mtas.es/insht/ntp/ntp_443.htm.

25. MOLINA NAVARRETE, C., “Una ‘nueva’ patología de gestión en el empleo público: El acoso institucional (mobbing). Reflexiones a propósito de la STS, 3ª, Sección 6ª, de 23 de julio de 2001”, *Revista La Ley* (diario 5436, de 30 de diciembre de 2001).

lo II del mismo título la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la proscripción de toda suerte de discriminación o desigualdad infundada (artículo 14), así como el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1) y, en fin, en su capítulo III y como principios rectores de la política social y económica, el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2) y el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1), todo lo cual recoge y plasma igualmente el EBEP en los términos concretos que se han indicado precedentemente (por ejemplo, precitados artículos 14 y 15), así como en otros más generales cuando alude a la “sujeción y observancia de la Constitución” (igualmente reseñado artículo 52) o al “respeto de los derechos fundamentales” (artículo 53.4).

Todo ello conforma, por lo que hace a esta materia, una especie de innominada condena de la violencia psicológica, en cuanto que este fenómeno afecta directa y negativamente a todos y cada uno de tales derechos.

Respecto de la Administración pública, por otra parte, la ley de leyes proclama que “sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (artículo 103.1), nada de lo cual parece factible –o, cuanto menos, fácilmente viable– si quienes la sirven cursan conductas o resultan víctimas de acoso.

El desarrollo de tales principios en este específico espacio y su tratamiento como parte de la normativa ordinaria al respecto vienen dados a partir de la precitada LPRL, que constituye la norma base en la mate-

ria,²⁶ cuyo ámbito de aplicación, como el de todas las demás disposiciones sobre seguridad e higiene, no se circunscribe a las relaciones laborales contempladas en el Estatuto de los trabajadores, sino que, como advierte la doctrina más autorizada al respecto, abarca también las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las administraciones públicas excluidas del ámbito laboral, consistiendo en ello “una de las mayores innovaciones de esta ley”.²⁷

En consecuencia, las administraciones públicas se ven concernidas por dicha disposición tanto desde su propia condición de integrantes de uno de los poderes del Estado, es decir, como entes con competencias y atribuciones para llevar a cabo actuaciones como las que los concretos preceptos de la norma establecen, como desde la concreta perspectiva empresarial, es decir, como empleadoras,²⁸ debiendo, en fin, en ese segundo aspecto, coordinar sus esfuerzos para una más eficaz protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.²⁹

En cualquier caso, lo cierto es que como también ha puesto de manifiesto la doctrina,³⁰ la normativa de prevención de riesgos laborales es de aplicación a las administraciones públicas porque la obligación preventiva nace de la propia relación de empleo de cada Administración pública con su personal, sea cual fuere el carácter –laboral o estatutario– de dicha relación, siendo lo realmente relevante en este ámbito no tanto los sujetos cuanto el tipo de actividad que desarrolla la entidad empleadora.

La crítica que hasta el momento se ha hecho a la adaptación de la LPRL al empleo público es decididamente negativa por considerarse que se trata de “un proceso incompleto, asistemático y descoordinado”³¹

26. “Culminación y punto de partida” la considera L. FERNÁNDEZ MARCOS en su libro *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales y su régimen jurídico sancionador*, añadiendo que “corona el edificio jurídico de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo poniendo orden y unidad en la dispersa y heterogénea legislación de esta naturaleza y es soporte y punto de arranque de una intensa y extensa actividad legislativa reglamentaria que, bajo su cobertura, ha de desarrollar y complementar los aspectos técnicos de la prevención”.

Por su parte, J.I. MOLTÓ, en *Prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas (la imputación de responsabilidades)*, Tecnos, 2003, la califica de “modificación cualitativa y conceptual importante en el conjunto del ordenamiento jurídico español relativo a la tradicional seguridad e higiene en el trabajo”, señalando que “inaugura un nuevo modelo, prevencionista llamado de ‘nuevo enfoque’ cualitativamente diferenciado del modelo de control administrativo de los accidentes de trabajo al que responde el modelo de la Ordenanza general de seguridad e higiene (OGSH) de 1971 y el conjunto del ordenamiento preventivo, que en esas fechas tiene un amplísimo contenido intervencionista en el campo de las relaciones laborales, más allá de las contractuales”.

27. FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales y su régimen jurídico sancionador”, Dykinson, 4a edición, 2006, obra ya citada.

28. Téngase en cuenta que de los artículos 2 y 4.2 y 4.3, que respectivamente determinan como objeto de la Ley promover la seguridad y salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo y definen el riesgo laboral y los daños derivados del trabajo, se infiere que entre las obligaciones empresariales establecidas por la norma se encuentra también la de prevenir la violencia psicológica o acoso moral como conducta que puede ocasionar un daño a la salud de los trabajadores.

29. *Vid.* los artículos 7, 10 y 11 de la Ley en el marco de su capítulo II, relativo a la política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y salud en el trabajo.

30. MOLTÓ GARCÍA, J.I., obra citada.

31. MONERO PÉREZ, J.L., editorial al tema general “Prevención de riesgos profesionales en el empleo público” y “El modelo normativo de prevención de riesgos laborales en el empleo público”, en *Alcordermo*, 9, junio de 2007.

que dista de ser satisfactorio, poniendo el acento esa misma doctrina en que el hecho de que la LPRL, como ley marco que es, no tenga un importante componente reglamentista de desarrollo concreto de determinadas medidas de seguridad y que se destine primordialmente a la definición de principios generales, normas de organización y tipos estándares de conducta orientados con base en parámetros de eficacia y versatilidad y remisión a posteriores normas reglamentarias ha supuesto una especial rémora para la adaptación de sus previsiones a las administraciones públicas, resaltando que éstas son, sin duda, desde el punto de vista funcional e instrumental, una “empresa laboral” pero no una “empresa” en sentido económico o mercantil, al no poderse identificar ni respecto a su estructura ni tampoco a su función o finalidad, a lo que se ha de añadir el problema que supone la intrínseca heterogeneidad de las administraciones públicas y la complejidad de la composición de su personal empleado –laboral y funcionario–, que aunque en creciente proceso de aproximación, en ciertos aspectos y entre ellos el preventivo, constituyen, no obstante, dos regímenes bien diferenciados, por todo lo cual entiende acertadamente dicha doctrina que es preciso individualizar la aplicación de la LPRL en el cuadro de ambas clases de relaciones, lo que supone un factor y plus de complejidad generadora de una específica problemática que podría genéricamente denominarse el modelo normativo de prevención de riesgos laborales en el empleo público, en el que descuellan, entre otras cuestiones, la regulación de los servicios de prevención en este ámbito –donde se deben distinguir unas reglas generales derivadas de la propia concepción universalista de la LPRL, otras aplicables a las actividades reguladas de modo particular, como los denominados regímenes preventivos “especiales”, que comprenden los establecimientos militares o penitenciarios, y, finalmente,

las funciones públicas excluidas de la prevención, como la de policía, seguridad y resguardo aduanero– o la de los derechos de participación y representación colectiva de los empleados públicos (delegados de prevención y comités de seguridad y salud en el ámbito de las administraciones públicas, destacando la representación específica en materia preventiva de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía³² y la participación y representación del personal de la Guardia Civil)³³ y el peculiar régimen de responsabilidad por incumplimiento de las administraciones públicas en esta materia.³⁴

Sentadas las anteriores premisas y puesto ya de manifiesto el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible de la Ley y sus reglamentos,³⁵ cuyas disposiciones de carácter laboral pueden ser desarrolladas y mejoradas en los convenios colectivos,³⁶ según ella misma establece (artículo 2.2), cabe ahora enlazar con lo que también se anticipaba respecto del contenido del EBEP y de cuanto, en concreto, recoge acerca del derecho a la negociación colectiva³⁷ y de las materias que constituyen objeto de la misma,³⁸ entre las que se cuentan, como se decía, “las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales”,³⁹ todo lo cual se puede enmarcar en el segundo de los puntos precedentemente citados referente a la participación colectiva de los empleados públicos en el tratamiento y regulación del tema, en tanto en cuanto la LPRL se inspira en la idea de la seguridad y salud participadas, integradas o concertadas, por la decisiva trascendencia que tiene la implicación de los empleados al respecto.

En este específico ámbito administrativo, ya el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, de 16 de noviembre de 1998,⁴⁰ dedicaba su capítulo XII (artículos 62 a 69) a la salud laboral y acción social, disponiendo el artículo 63 que “de conformidad con lo dispuesto en la Ley

32. Vid. el Real decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

33. Vid. el Real decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil.

34. Todo ello es objeto de estudio individualizado en los diferentes trabajos de cualificados especialistas que integran el número 9 de 2007 de la revista *Alcordemgo*, ya citado.

35. De entre los que cabe destacar:

–Real decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general de los servicios de prevención (modificado por el Real decreto 604/2006, de 19 de mayo).

–Real decreto 1488/1998, de 10 de julio, que adapta la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado.

–Real decreto 707/2002, de 14 de julio, por el que se establece el Reglamento especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Administración pública.

–Real decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales.

–Real decreto 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las MATEPS como servicio de prevención ajeno.

–Real decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos profesionales.

36. Sobre la prevención de los riesgos laborales en la negociación colectiva (en general) puede consultarse el ya referido número monográfico que dedica la revista *Alcordemgo* a dicho tema con este mismo título (enero de 2007, número 8).

37. Artículo 33.

38. Precitado artículo 37.

39. Apartado 1.j) del precepto mencionado en la nota anterior.

40. BOE 287, de 1 de diciembre.

31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y normativa de desarrollo de la misma, los empleados públicos tienen derecho a una protección eficaz en materia de salud y seguridad en el trabajo, así como un deber correlativo de observar y poner en práctica las medidas que se adopten legal y reglamentariamente con el objeto de garantizar la prevención frente a los riesgos laborales. Los derechos de información, consulta y participación en materia preventiva, paralización de la actividad en casos de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”, añadiendo, acto seguido, que “el citado derecho supone la existencia de un deber de las administraciones públicas de garantizar una protección de los empleados públicos a su servicio frente a los riesgos laborales, para cuyo cumplimiento la Administración General del Estado, en el marco de sus responsabilidades, realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los empleados públicos, con las especialidades establecidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, y sus disposiciones de desarrollo, en materia de evaluación de riesgos, información, consulta, participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud y mediante la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las tareas preventivas”.

Y aun cuando se trata de una disposición de carácter muy general y más de principios que de regulación específica en la materia, se adelantaba, en cualquier caso, a abrir cauce o camino para esa previsión concreta al respecto, alcanzada después en otros ámbitos igualmente públicos, como son las normas imperativas o los convenios colectivos de entidades territoriales,⁴¹ y muchos (actualmente, la mayoría) de diferentes municipios,⁴² así como los de los propios

sindicatos (CCOO y UGT, por ejemplo) con su personal, los de instituciones o empresas públicas,⁴³ o los acuerdos al respecto en la enseñanza universitaria de esa clase (pública), en relación con la cual y a título de ejemplo pueden citarse tanto el Acuerdo de la Universidad del País Vasco/EHU y las organizaciones sindicales de 13 de octubre de 2003 sobre prevención y solución de quejas en materia de acoso (inspirado en el convenio sobre prevención y solución de reclamaciones en materia de acoso entre la OIT y el sindicato de la OIT), como el Protocolo de actuación sobre prevención y solución de quejas en materia de riesgos psicosociales de los trabajadores de la Universidad Autónoma de Madrid, cuyo compromiso se aprobó por Acuerdo de su Consejo de Gobierno de 17 de diciembre de 2004, como, en fin, el Protocolo de actuación en materia de acoso, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, suscrito por ésta y las secciones sindicales existentes en la misma de CCOO, UGT y USIF-CSIF, de 29 de septiembre de 2006, fórmula (la del protocolo) igualmente negociada pero más comprometida y especializada en el tema, en cuanto directa y concretamente encaminada a su prevención y solución, y a la que, por imperativo legal, se adscriben ya las administraciones públicas y la propia Administración General del Estado en particular, desde la entrada en vigor de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, al establecerlo así expresamente su artículo 62.⁴⁴

La ventaja que la negociación colectiva depara frente a la normativa ordinaria es clara y evidente, pues, como la doctrina señala,⁴⁵ resulta “mucho más cercana y adecuada para la regulación de las actividades preventivas concretas y para la definición y adopción de medidas frente a los riesgos específicos de las empresas y centros de trabajo”.

Lo que cabe preguntarse es si dicha negociación reviste alguna particularidad cuando la empresa tiene la condición de Administración pública, a lo que, en principio, cabría responder que no, pues en

41. Como la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma Vasca de 4 de octubre de 2006, que regula las medidas de prevención y el procedimiento de actuación en casos de acoso moral y sexual en el trabajo en el ámbito de la Administración General de la comunidad y sus organismos autónomos, o el convenio colectivo de la Diputación de Valencia de 2002.

42. Entre otros recientes, convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Guetaria-Getaria, 2005-2007 (título V), convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Palafróls, de 1 de diciembre de 2006 a 31 de diciembre de 2008 (capítulo VII), convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Berriozar (Navarra) para 2006-2007 (anexo I).

43. *Vid.* por ejemplo el convenio colectivo del Banco de España 2002-2005 (aprobado por Resolución DGT 8 de febrero de 2005, BOE

de 21 de febrero de 2005, artículo 19); el convenio colectivo de la Empresa Municipal per a la Formació Ocupacional i l'Ocupació de la Generalitat de Catalunya, de 2006-2008 (capítulo IX), y el convenio colectivo para el personal laboral del sector sanitario de Galicia gestionado por fundaciones sanitarias o empresas públicas (DOG de 16 de junio de 2005).

44. Ya el 18 de febrero de 2005 el Consejo de Ministros adoptó un Acuerdo por el que se aprobaba el código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la AGE (BOE 56, de 7 de marzo).

45. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Las fuentes del deber de seguridad. Obligación contractual y desarrollo normativo”, en *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, VV.AA., Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XIII, 2005.

este ámbito la Administración no ostenta prerrogativa alguna, de ahí que el antedicho artículo 32 del EBEP señale que “la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral”, aunque añade que “sin perjuicio de los preceptos de este capítulo (el IV) que expresamente les son de aplicación”, como es, por ejemplo y como ya se ha visto, que habrá una Mesa General de Negociación para todo el personal (funcionario, estatutario y laboral) de cada Administración pública cuando se trate de discutir y acordar todas aquellas materias y condiciones de trabajo que sean comunes a los distintos colectivos (precitado artículo 36).

Evidencia asimismo de esa condición de paridad con otras empresas es la alusión y remisión a preceptos de la normativa general laboral, como la que hace el artículo 38.8 del EBEP al artículo 83 del ET (unidades de negociación) en relación con el valor para los trabajadores de las administraciones públicas de los pactos y acuerdos que contengan materias y condiciones generales de trabajo.

Lo que sucede, sin embargo, es que a pesar de todo lo expuesto, la violencia psicológica que pueda tener lugar en el ámbito funcional no posee los mismos perfiles que en el estrictamente laboral, precisamente por todo cuanto diferencia a ambos estatus profesionales, de ahí que se haya podido decir⁴⁶ que “en el caso de los funcionarios públicos, el régimen estatutario al que se hallan sometidos (sistema de derechos y deberes regulado por la norma que les confiere un estatuto orgánico y funcional legalmente protegido y estable en el seno de la estructura administrativa) añade características especiales al acoso psicológico cuando acaece en el peculiar entorno laboral que surge de esta especial regulación, que se caracteriza por una minuciosa reglamentación, un mayor grado de homogeneidad y unas mayores dificultades y limitaciones para la movilidad”, cabiendo expresar otro tanto de los trabajadores de las administraciones públicas en relación con sus funcionarios y en concreto con los que lo son de carrera, entre otras razones porque aunque aquéllos tengan un contrato de duración indefinida, no es lo mismo que una relación de carácter vitalicio, que “blinda”, de una manera casi definitiva, sus posibilidades de permanencia en el puesto de trabajo, sin que ello,

por otra parte, suponga merma de sus expectativas de resarcimiento ante una situación en la que resultasen víctimas de la violencia psicológica, que se harían reales si no por la vía de la acción civil/laboral de daños y perjuicios, por la administrativa de la responsabilidad patrimonial (artículos 139 y siguientes de la LRJAPyPAC) de la Administración en cuyo seno hubiera tenido lugar un tal comportamiento acosatorio,⁴⁷ y sin perjuicio, en todo caso, de que ésta, cuando hubiere indemnizado, repercuta, a su vez, contra sus autoridades y/o demás personal a su servicio que hubiesen sido causantes del daño en cuestión.

A pesar del acercamiento constante de los regímenes y las estructuras del empleo en los ámbitos público y privado y de la “laboralización” de las administraciones públicas en determinados aspectos, consecuencia todo ello de la transformación del Estado moderno y sus distintas administraciones públicas en un Estado de servicios y asistencial que debe contratar, cada vez en mayor número, personal laboral para hacer frente a un número también cada vez mayor de nuevas necesidades, que, por no suponer ejercicio de funciones públicas, no deben ser desarrolladas de forma necesaria por personal sometido a estatuto especial,⁴⁸ la etiología de la violencia psicológica en este ámbito parece tener algunas características propias además de las más frecuentes en el ámbito laboral privado (la envidia o celos, por encima de todos, pero también el resentimiento, la frustración y el miedo del propio acosador a la competencia de su víctima y/o a su mayor capacidad o disposición profesionales), pudiendo señalarse, en primer lugar, que el abuso de poder,⁴⁹ como manifestación especialmente conspicua de dicho fenómeno, resulta más grave y usual en esta esfera por las características de distinto orden que diferencian a la Administración pública de cualquier empresa privada y por la concurrencia en su seno de dos colectivos a su servicio (funcionarios y empleados en régimen de relación laboral) de los que buena parte de los integrantes del segundo aspiran a formar parte del primero, de donde, por otro lado, suelen proceder las categorías más altas, a lo que se añade la intervención indirecta de los partidos políticos en el régimen de cobertura de gran parte de los puestos propiamente directivos, lo que puede dar lugar a fricciones con quienes ostentan en las mismas un empleo esta-

46. XIOL RÍOS, J.A., “El mobbing (acoso psicológico) en la función pública”, en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 94, 2006.

47. Sobre la cuestión, véase LEDESMA BARTRET, F., “El mobbing y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, en *El mobbing desde la perspectiva penal, social y administrativa*, obra ya citada.

48. Así lo expresan FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, Sevilla, 2006.

49. Al respecto, XIOL RÍOS, J.A., trabajo citado, que en cuanto a dicha causa se remite, a su vez, a MOLINA NAVARRETE, C. y a su comentario jurisprudencial igualmente mencionado.

ble (vitalicio, como el funcionario de carrera, o incluso como el personal laboral con contrato de duración indefinida) y, en fin, la inercia que continúa dominando las estructuras públicas y sus dinámicas de funcionamiento organizativo, así como la mayor intensidad del principio jerárquico.

Debe partirse, por tanto, del hecho mismo organizativo y repararse en que la Administración pública en general tiene una cultura y unos valores muy positivos –aunque según algún estudioso del tema⁵⁰ más bien de carácter sectorial y vinculados a aspectos profesionales y corporativos–, siendo necesario en la actualidad y como consecuencia del paso de una concepción de la misma identificada con el modelo de Estado clásico a otra entendida como “instrumento que capta recursos para transformarlos en servicios directos e indirectos a los ciudadanos”,⁵¹ potenciar aquéllos más tradicionales –que no más rancios– y propios de una organización multicultural, más aún cuando dicha Administración, que siempre ha sido plural, ha visto potenciada esa condición desde el advenimiento del Estado democrático, en la concepción y desarrollo que del mismo tiene y hace la Constitución española de 1978, de tal modo que aquélla la constituyen hoy un conglomerado de administraciones públicas de muy distinto signo y alcance, que si a sus precitados valores añade los mejores de una cultura organizativa de carácter neoempresarial, podrá resultar una cultura organizativa híbrida, donde prevaleciendo los valores neopúblicos sobre los neoempresariales –pero contando siempre y pronunciadamente con éstos– dará como resultado no sólo una administración pública moderna en su gestión y desarrollo sino también suficientemente resistente en su funcionamiento interno a los riesgos psicosociales en general y a la violencia psicológica en particular, a la par que en su relación con los administrados conseguirá llevar al ánimo de los mismos, y como consecuencia de una mayor credibilidad social, la legitimidad que la normativa le confiere.

Ello quizás implique, entre otras cosas, reducir y flexibilizar la normativa de aplicación y el establecimiento de mecanismos para que las decisiones organizativas y de gestión puedan adoptarse con mayor facilidad, de tal modo que los criterios de subsidiariedad y proporcionalidad que se utilizan en la Unión Europea para la elaboración de sus normas sean igualmente los tenidos en cuenta en un Estado de estructura cuasi federal como es el de las autonomías, y éste es

el modelo que se ha pretendido seguir con el Estatuto básico del empleado público, al decir de quienes se han ocupado del estudio de la cuestión del personal al servicio de las administraciones públicas.⁵²

En la esfera ya no del personal (sujetos) que pudiera resultar afectado cuanto de la normativa misma acerca de los riesgos y su prevención, la LPRL regula las actuaciones a desarrollar por las administraciones públicas como tales, es decir, en cuanto poderes del Estado a quienes se encomiendan distintas actuaciones a la par que pueden verse concernidas asimismo como empresas deudoras de seguridad para con sus empleados, excluyendo expresamente dicha norma de su ámbito de aplicación determinadas funciones públicas (artículo 3.2) y quedando aquéllas fuera, en todo caso, del régimen de infracciones administrativas, que se sustituye por la imposición, a través de la autoridad competente, “de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca” (artículo 45.1, párrafo segundo).

La doctrina⁵³ ha cuidado en resaltar que “la importante rebaja del estándar de exigencia que supone este procedimiento para las administraciones públicas implica un verdadero privilegio administrativo que lleva el principio de autocontrol o autotutela del cumplimiento de la norma a extremos discutibles”, pero que, de todos modos, “la Administración está obligada en los casos de denuncia de acoso psicológico vertical u horizontal a adoptar las medidas correctoras pertinentes que impidan el riesgo de que las conductas se reproduzcan”.

Pues bien, sobre esta base, “cuando dentro del ámbito de las administraciones públicas tengan lugar comportamientos de acoso psicológico imputables a personas que desempeñen funciones públicas, los órganos competentes comprobarán si tales conductas son, aparentemente, constitutivas de delito, en cuyo caso deberán poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal [...]. En el supuesto de que, manifiestamente, los hechos no alcancen tal gravedad pero sí ofrezcan características propias de acoso moral de los que puedan ser responsables personas integradas en la Administración pública, el órgano competente ordenará la incoación del expediente correspondiente”,⁵⁴ y ello no se circunscribe al supuesto del presunto responsable funcionario público, o representante sindical, o cuando así lo previera el convenio

50. RAMÍO, C., “Corrientes neoempresariales versus corrientes neopúblicas: Cultura administrativa, valores públicos y credibilidad social. Un planteamiento radical”, en http://www.iigovorg/revista?p=5_02.

51. RAMÍO, C., trabajo citado.

52. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., obra referenciada, citando a SÁNCHEZ MORÓN M., director del Informe de la

Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público.

53. *Vid.*, por ejemplo, XIOL RÍOS, trabajo citado.

54. LEDESMA BARTRET, F., trabajo citado.

colectivo de aplicación, sino que se extiende también al caso de un trabajador vinculado con la Administración empleadora por una relación de carácter laboral ordinario, toda vez que conforme al régimen disciplinario establecido por el Estatuto básico del empleado público, aplicable tanto a los funcionarios como al personal laboral (artículo 93.1), el acoso constituye, como ya se ha dicho, una falta muy grave [artículo 95.2.o)] requiriendo por ello que la imposición de la sanción correspondiente a la misma se resuelva tras la incoación también del “procedimiento previamente establecido” (artículo 98.1), lo cual supone para los trabajadores de las administraciones públicas un plus garantista sobre lo establecido en el ET, que sólo exige expediente previo –en defecto de lo que pudiera establecer el convenio aplicable– en el caso de representantes sindicales, o audiencia igualmente anticipada a los delegados sindicales si el afectado es afiliado y, en todo caso, la comunicación escrita en los términos normativamente establecidos cuando de despido o de otra sanción por falta grave o muy grave se trata.

Independientemente de ello, y del mismo modo que tratándose de una conducta propiamente administrativa las medidas correctoras del acoso comprenden que por el procedimiento de esta clase y, en su caso, acudiendo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, se logre la nulidad del/de los acto/s administrativo/s en que la violencia psicológica haya podido consistir, además de obtenerse una condena de cesación en tal comportamiento más la declaración de la antes citada responsabilidad patrimonial de la Administración, todo ello también se puede alcanzar en el caso de los empleados públicos sujetos a relación laboral que fuesen víctimas de actitudes de esa clase, acudiendo al proceso de tutela de derechos fundamentales de los artículos 175 a 182 de la LPL, norma afectada en esta materia y, según ya se ha visto, por la reforma operada en sus artículos 27, 180 y 181 por la disposición adicional decimotercera de la Ley orgánica de igualdad.

Pero incluso antes de que se produzca una denuncia de violencia psicológica o de cualquier otro riesgo, el deber genérico de seguridad y salud que toda empresa tiene con sus empleados conforme al ar-

tículo 14 de la LPRL (derecho de los trabajadores a la protección frente a los riesgos laborales) y que la Administración correspondiente ha de asumir con los suyos, se traduce en la obligación de poner en marcha mecanismos de prevención al respecto, pues de otro modo incurriría en responsabilidad, exigiéndose como elementos imprescindibles para que ésta se produzca que se trate de un incumplimiento de una obligación específica de carácter preventivo, que esa obligación esté establecida expresamente en la normativa preventiva y que su incumplimiento afecte a los empleados públicos o a trabajadores ajenos cuando estén en el ámbito de dirección de aquélla.

Respecto de lo primero (incumplimiento), que es el elemento o factor que interesa destacar, basta la exigencia de una diligencia que no se haya podido apreciar en la actuación del agente, no siendo, por tanto, necesaria una concreta infracción normativa. El Real decreto 707/2002, específico de este ámbito y materia, distingue entre incumplimientos e irregularidades detectables por la actuación inspectora,⁵⁵ lo que al decir de la doctrina⁵⁶ constituye una distinción imprecisa “pues la plena aplicabilidad del principio de legalidad a la actuación de la Administración pública significa que únicamente se podrá imponer a la Administración pública imputada aquellas obligaciones cuyo cumplimiento les resulte exigible [porque] los órganos administrativos, constitucionalmente, no pueden actuar al margen del principio de legalidad concreta”, aclarando que “probablemente, las denominadas irregularidades del Reglamento se refieren a la determinación del contenido esencial del derecho genérico de los empleados públicos a la seguridad y salud”.

En cualquier caso, el efecto que comportará la denuncia inspectora es la extensión del correspondiente requerimiento de las oportunas medidas correctoras (por la ya mencionada exclusión de las mismas del régimen sancionador), a la par que posibilitará la determinación del alcance de la imputación de responsabilidad en función de la gravedad del caso y de la voluntad incumplidora apreciada.

Se ha subrayado también⁵⁷ que una eficaz intervención de control por parte de la Inspección, aunque no se traduzca en sanciones ni en corrección efectiva de

55. Téngase en cuenta que aunque la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social es el órgano de control más importante y el único ejecutivo en la materia, existen otros que también tienen atribuidas misiones de vigilancia en este ámbito, como el INSHT (al que se hizo cumplida referencia en el capítulo 2), la Comisión Nacional de Seguridad y Salud (integrada por representaciones paritarias de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas y de las organizaciones más representativas de empresarios y trabajadores) y la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales (órgano supremo de cooperación y coordinación entre las administraciones

públicas territoriales) y las comisiones territoriales (que fijan los objetivos y programas de interés autonómico para su integración en el sistema estatal de la Inspección).

56. MOLTÓ GARCÍA, J.I., obra citada.

57. MOLINA NAVARRETE, C. (con cita de la obra referida de Moltó), “El régimen de responsabilidad de las administraciones públicas por las infracciones preventivas: ¿Anacronismo y disfuncionalidad de un ‘privilegio personal’?”, en *Prevención de los riesgos del trabajo en el empleo público*, VV.AA., *Alcaldemgo*, 9, junio de 2007.

la infracción por el privilegio concedido por la LPRL a las administraciones públicas, podría suponer, al menos, la apertura de un catálogo o abanico de responsabilidades, entre las cuales entrarían básicamente la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, una responsabilidad por recargo de prestaciones, la responsabilidad penal y/o la responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos.

La obligación específica inobservada, en fin, podrá ser de política de prevención de riesgos laborales en la Administración responsable del órgano o centro de trabajo, o tratarse de una obligación relativa a la evaluación de riesgos de alguno de los centros de trabajo de la Administración responsable (evaluación propiamente dicha, identificación de riesgos de higiene industrial o identificación de riesgos ergonómicos, en todas cuyas materias se dan las correspondientes instrucciones legales o reglamentarias), o, en fin, de una obligación relacionada con las actividades y medidas preventivas (medidas preventivas propiamente dichas, medidas de emergencia y obligaciones concretas en orden a la vigilancia de la salud, estableciéndose normas concretas también en orden a las medidas a adoptar en casos de riesgo grave e inminente y en cuanto a las obligaciones por daños derivados del trabajo).

De todos estos organismos depende, en mayor o menor medida, y siempre en relación directa de la Administración pública de cada ámbito y con los representantes de sus trabajadores esa vigilancia y control que en el concreto tema de los riesgos psicosociales en general y de la violencia psicológica o acoso laboral en particular,⁵⁸ pasa por tener de antemano presente que, como ya se anticipó, sus causas, además de las comunes en cualquier empresa, son también específicas de las administraciones públicas o más intensas en ellas, como el precitado abuso de poder, las estructuras rígidas de ese poder en las mismas, la burocratización que persiste a pesar de las nuevas fórmulas con cuya mención se abría este capítulo, así como, en fin, la coexistencia de dos regímenes (funcionarial y laboral) en el que dicho poder suele recaer entre los que pertenecen al primero, a excepción, si acaso, de los cargos de libre designación o de confianza política.

58. Muy criticados han sido por MOLINA NAVARRETE, C., trabajo citado en nota precedente, los criterios técnicos 34/2003 de la Inspección de Trabajo por afirmar que no puede afrontarse dicho acoso, salvo hipótesis muy excepcionales, desde el marco de la LPRL, señalando que “pese a que ha existido un cambio de dirección paralelo al cambio de Gobierno, y que la posición administrativa es menos restrictiva, como prueba el que se promueva la adopción de protocolos y códigos de conducta dirigidos a incluir políticas de prevención de estos riesgos, sea del estrés, sea del acoso, en la AGE, el infausto CT 34/2003 no ha sido derogado. La incongruencia llega a su estado máximo hoy en día por cuanto la

Todo ello contribuye a una mayor sensación de impunidad en el agresor, que, además, se ve potenciado de ordinario por la falta de estímulos suficientes en su actividad profesional, la cual, con frecuencia, se desarrolla en un marco sin incentivos reales y donde la única ventaja perceptible es la mayor seguridad del puesto de trabajo, circunstancia que cuando no hay otras ni mejores perspectivas que la de acumular antigüedad y, si acaso (entre los funcionarios), el ascenso escalafonal correspondiente, puede que lleve a su sobrevaloración y a entenderla como expresión de una superioridad o autoridad que en el fondo no se posee y que, en todo caso, se ejerce de modo absolutamente reprochable sobre otros funcionarios y, sobre todo, sobre los empleados públicos sometidos a relación laboral, a los que en esta condición se puede erróneamente considerar de inferior extracción pero de los que, también en ocasiones, se puede, acaso, envidiar su mayor preparación, diligencia o espíritu de superación, en lo que constituye el caldo de cultivo de la conducta acosadora.

6. Unas conclusiones de carácter general

1) Hay un antes y un después de la Constitución en esta materia, representado el primero por normas tan relevantes al respecto como el Estatuto de Bravo Murillo de 1852, el de Maura de 1918 o la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, y el segundo, fundamentalmente, por la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, a la que siguieron otras normas de complemento en ámbitos no regulados por la misma, como el de incompatibilidades, o el regulador de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas (Ley 9/1987, modificada después por la Ley 21/2006), a lo que se puede añadir finalmente algún intento fallido como el Proyecto de ley de Estatuto básico de la función pública de 1999, que no llegó a tramitarse y que ya intentaba evitar la dispersión normativa imperante hasta ese momento y adecuar a la realidad social y administrativa la legislación reguladora. A ellas cabría añadir, en el específico

propia guía elaborada por la ITSS para explicar el protocolo a seguir en el actuar de la inspección para comprobar la prevención de riesgos psicosociales. Se remite al criterio técnico excluyente pero incluye el acoso moral entre los aspectos a evaluar y atender. No cabe duda que la posición correcta es la que se recoge en estos nuevos instrumentos de ‘trabajo inspector’ que responden a las modernas pautas de las ‘reglas no vinculantes’, mientras que la obsoleta e ilegal es la que recoge el CT 34/2003 [...] que nos aleja del modelo de atención que se da preferentemente a estos riesgos en el ámbito de la UE, incluido el acoso moral en el trabajo”.

ámbito de la Administración local, la Ley 7/1985, de 2 de abril, y el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, habiéndose visto afectadas todas y cada una de ellas en mayor o menor medida por la disposición derogatoria única del EBEP.

2) A partir de ahí, la valoración que de conjunto cabe efectuar del EBEP es positiva, lo que no impide –como suele ser habitual, no sólo porque todo es perfectible sino porque no es posible atender absolutamente a todos los intereses en presencia desde el momento en que los hay difícilmente compatibles e incluso encontrados– la apreciación de puntos críticos.

Uno de ellos se refiere a su carácter descentralizador, pues se dice que el Estatuto exige la creación de diecisiete nuevas leyes, una por cada comunidad autónoma, ya que serán los gobiernos autonómicos los que fijen las retribuciones teniendo en cuenta las características del puesto y la productividad de cada trabajador, señalándose asimismo que la concesión de competencias a las comunidades autónomas provoca una eliminación del tronco vertebrador común que sirva de referencia para todas, y que esta diversidad de leyes dificultaría la movilidad real de los funcionarios por el territorio nacional, nada de lo cual parece atendible ante la realidad del antedicho diseño constitucional de nuestro Estado de Derecho, sin perjuicio de operar, en su caso, los mecanismos de control que la propia normativa establece.

3) Con respecto a la evaluación del desempeño se pide una descripción más exacta de los criterios que se valorarán para prosperar en la carrera profesional, pero eso tampoco parece que haya de ser objeto de una precisión más concreta, dado el rango de la norma.

4) Otro tema criticado es que esta ley permite al personal laboral el ejercicio de labores propias de los funcionarios, una situación que puede suponer la “desprofesionalización” de la Administración, lo que, en fin, no cabe entender que tenga del todo razón de ser habida cuenta de que la naturaleza jurídica de la relación es en cada caso diferente, sin perjuicio de que los términos de la proporción puedan oscilar en función de los tiempos y sus circunstancias.

5) Ahora se dispone de un instrumento consensuado entre las diversas administraciones interesadas, los partidos políticos y los agentes sociales que precisamente por ser fruto de unos intensos trabajos previos y de un amplio debate, que puede presentar algunos perfiles asimétricos como consecuencia del respeto debido a las posiciones singulares en materia de sistema institucional y de las competencias exclusivas y compartidas y de autoorganización en

esta materia que atribuyen a las comunidades autónomas los respectivos estatutos de autonomía, que no habrán de potenciarse interesadamente, y por establecer un elaborado equilibrio cuyos puntos más frágiles hay que salvaguardar sobre la base de la cooperación y la colaboración entre administraciones, cuidando en todo caso que la normativa de desarrollo no lo quiebre.

6) Se trata, en todo caso, de una norma mucho más acorde con los tiempos presentes y con la proyección actual de futuro de las administraciones públicas españolas y del personal a su servicio, que debe aplicarse de tal modo que, por un lado, consiga inspirar una seguridad razonable de que no hay clientelismo en el empleo o afinidad ni sumisión de ninguna clase a criterios políticos partidistas en el acceso al puesto de trabajo del personal al servicio de las administraciones, y, por otro, que coadyuve a superar la tradicional prevención que tienen los ciudadanos hacia ellas y que surge fundamentalmente del hecho de que se conciben a sí mismas más como un poder que como un servicio, confundiendo por otra parte, a veces, sus empleados el poder inherente a tal servicio –que es público y que ejercen como instrumento del que deben valerse las mismas– con el poder personal y particular, como si de algo propio e inherente a su propia condición individual se tratase, sin tener del todo presente que lo que hacen dichas entidades, como su propio nombre indica, es administrar y gestionar en representación y beneficio de sus ciudadanos, de tal manera que todas y cada una de esas administraciones no son ni deberían ser otra cosa diferente del colectivo de los propios administrados para cuyo atención nacieron, no cabiendo recordar dicha realidad únicamente en el momento de animar al cumplimiento de las obligaciones contraídas con las mismas, sino también cuando se trata del desarrollo, de la mejor manera posible, de los cometidos que le son propios en cumplimiento de los principios constitucionalmente establecidos.

7) Se ha dicho⁵⁹ que “ninguna ley sobre empleo público es suficiente por sí misma para llevar a cabo todas las reformas. Y, en este caso, aún lo es menos por la naturaleza básica de la Ley y por todas las razones expuestas. Ahora, una vez aprobado el Estatuto, es el momento de adoptar decisiones de mayor trascendencia práctica, tanto al elaborar las leyes y reglamentos de función pública del Estado, de las comunidades autónomas y la normativa especial para sectores determinados del empleo público o de la Administración local, como al aplicarlas. Sin duda en esa fase que se abre se plantearán (mejor dicho, se

59. SÁNCHEZ MORÓN, *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, VV.AA., obra citada.

volverán a plantear) resistencias y diferencias de criterio y habrá que volver a buscar las soluciones más idóneas y el consenso que las haga viables".

De la medida en que todo ello se consiga, depende en buena parte el éxito de la norma y el progreso mismo del Estado de Derecho.

Bibliografía

ALBI, E. *Público y privado, un acuerdo necesario*, Ariel, Barcelona 2000.

ALMONACID LAMELAS, V. "El personal al servicio de la nueva Administración local", *Noticias Jurídicas* (<http://noticias.juridicas.com>), enero de 2005.

CASTILLO BLANCO, F.A. "Los derechos individuales de los empleados públicos", en *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, VV.AA., Lex Nova, 2ª edición, 2008.

CHAVES GARCÍA, J.R. "Diez cuestiones capitales sobre el impacto del EBEP en la jurisdicción contencioso-administrativa", en *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, curso extraordinario de la Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2007.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, Sevilla, 2006.

FERNÁNDEZ MARCOS, L. *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales y su régimen jurídico sancionador*, Dykinson, 4ª edición, 2006.

GÁMEZ GÁMEZ, J.A. *Estatuto básico del empleado público, Ley 7/2007, de 12 de abril, normativa complementaria y de desarrollo concordante*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, Sevilla, 2007.

LEDESMA BARTRET, F. "El mobbing y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", en *El mobbing desde la perspectiva penal, social y administrativa*, VV.AA., Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

LORENZO DE MEMBIELA, J.B. *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración*, Aranzadi, 2007.

LUELMO MILLÁN, M.A. "La salud en el marco de las relaciones laborales con las administraciones públicas: Los riesgos psicosociales, su prevención y sus consecuencias jurídicas", en *Relaciones laborales en las administraciones públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, julio de 2007.

LUELMO MILLÁN, M.A. "La normativa que viene sobre el acoso moral y sexual y las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales más recientes a su tratamiento jurídico", *Aranzadi Social*, 12, noviembre de 2006.

Ministerio de Administraciones Públicas, *Criterios para la aplicación del Estatuto básico del empleado público en el ámbito de la Administración local*, Madrid.

MOLINA NAVARRETE, C. "Una 'nueva' patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing). Reflexiones a propósito de la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 23 de julio de 2001", en *La Ley*, diario 5436, de 10 de diciembre de 2001.

MOLINA NAVARRETE, C. "El régimen de responsabilidad de las administraciones públicas por las infracciones preventivas: ¿Anacronismo y disfuncionalidad de un 'privilegio personal'?", en *Prevención de los riesgos del trabajo en el empleo público*, VV.AA., Alcordemgo, *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, 9, junio de 2007.

MOLINA NAVARRETE, C. "La vertiente convencional del EBEP: El nuevo régimen de la negociación colectiva en el empleo público", en *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, curso extraordinario de la Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2007.

MOLTÓ GARCÍA, J.I. *Prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas (la imputación de responsabilidades)*, Tecnos, 2003.

MONCADA I LLUÍS, S.; LLORENS SERRANO, C. "Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva", en *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, VV.AA., Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XII, 2004.

MONEREO PÉREZ, J.L. Editorial al tema general "Prevención de riesgos profesionales en el empleo público" y "El modelo normativo de prevención de riesgos laborales en el empleo público", en *Alcordemgo*, 9, junio de 2007.

PERONA MATA, C. *Estatuto básico del empleado público comentado*, La Ley, Madrid, 2007.

RAMIÓ, C. "Corrientes neoempresariales versus corrientes neopúblicas. Cultura administrativa, valores públicos y credibilidad social. Un planteamiento radical". Universitat Pompeu Fabra, en http://www.iigov.org/revista/?p=5_02.

REY GUANTER, S. (director). *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, La Ley, 2008.

SALA FRANCO, T. "Los derechos colectivos de los empleados públicos", en *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, VV.AA., Lex Nova, 2ª edición, 2008.

SALANOVA ALCALDE, R. "Incidencia del Estatuto básico del empleado público en la Normativa de la Administración local", en *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, curso extraordinario de la Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2007.

SCIALPI, D. "Violencias en la Administración pública: Casos y miradas para pensar la Administración pública nacional como ámbito laboral", en *Revista de Administración Pública de Brasil*, RAP, 6, vol. 35, noviembre-diciembre de 2001.

SÁNCHEZ MORÓN, M. "Consideraciones generales sobre el Estatuto básico del empleado público", en *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, curso extraordinario de la Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, M. "Objeto y ámbito de aplicación del Estatuto básico del empleado público", en *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Madrid, 2007.

SEMPERE NAVARRO A.V.; QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. "El personal laboral del sector público", *Aranzadi Social*, 14/2007, Tribuna, Aranzadi, Pamplona, 2007.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. "Las fuentes del deber de seguridad. Obligación contractual y desarrollo normativo", en *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, VV.AA., Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XIII, 2005.

VV.AA. *El Estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, curso extraordinario de la Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2007.

VV.AA. *Prevención de los riesgos del trabajo en el empleo público*, Alcordemgo, *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, 9, Madrid, junio de 2007.

XIOL RÍOS, J.A. "El mobbing (acoso psicológico) en la función pública", en *El mobbing desde la perspectiva penal, social y administrativa*, VV.AA., Cuadernos de Derecho Judicial, 2006, CGPJ. ■

El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal

1. Antecedentes históricos.

1.1. El lento caminar hacia la creación de los cuerpos nacionales de Administración local. 1.2. El Estatuto municipal de Calvo Sotelo. 1.3. La regulación del régimen anterior. 1.4. La transición hacia la democracia.

2. La legislación posterior a la Constitución española de 1978: la Ley reguladora de las bases del régimen local y sus continuas modificaciones.

2.1. Normativa aplicable. 2.2. Estructuración. 2.3. Selección, nombramiento y toma de posesión. 2.3.1. El concurso de méritos. 2.3.2. La libre designación.

3. El camino hacia el Estatuto básico del empleado público: el Libro blanco para la reforma del gobierno local y el informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público.

4. La regulación contenida en la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público.

Antonio Serrano Pascual

*Secretario general
de la Diputación Provincial de Huesca*

1. Antecedentes históricos

1.1. El lento caminar hacia la creación de los cuerpos nacionales de Administración local

La venalidad de los oficios públicos¹ en España fue una de las características definitorias del modelo de empleo público en el Antiguo Régimen, con un claro sistema de castas frente al que se intenta reaccionar en el liberalismo decimonónico, inspirándose en el sistema de carrera francés, como muestran, en el ámbito de la hacienda pública, los reales decretos de López Ballesteros, en el período absolutista, de 7 de febrero de 1827 y 3 de abril de 1828, y que se trata de generalizar para el conjunto de la Administración del Estado con el llamado Estatuto de Bravo Murillo, aprobado por el Real decreto de 18 de junio de 1852, al pretender establecer determinadas categorías dentro de los cuerpos administrativos generales. A esta norma le siguieron el Estatuto de O'Donnell, de 1866, con la introducción de ciertas garantías en el empleo, si se había obtenido el cargo por oposición, y, ya a comienzos del siglo xx, la Ley Maura de 1918, que afianza todavía más la estabilidad en el empleo, acepta el asociacionismo y regula aspectos relacionados con la carrera administrativa.

Sin embargo, la realidad del siglo xix se corresponde con la literatura costumbrista, que tan bien reflejan diferentes autores, como sucede con Galdós en su obra *Miau*, de forma que la inamovilidad en la condición funcional era una meta inalcanzable frente a la práctica de las cesantías, y en donde el nepotismo y el favoritismo eran moneda corriente, que en el ámbito de las entidades locales se gestaba en el caldo de cultivo del caciquismo. El modelo de carrera no dejaba de ser, pues, sino el de la clientela política.

Habrà que esperar hasta la Ley de bases, de 22 de julio de 1918, conocida como el Estatuto de Maura, a la que antes nos hemos referido, para encontrar un hito destacable en la historia de la función pública española, en la que se generaliza el sistema de la oposición, se refuerza la inamovilidad y propicia una cierta carrera administrativa, desarrollando una especie de cuerpo general de la Administración del Estado, aunque en su seno se encuentra el hecho de que no supuso un cambio claro de modelo y que no se contemplaba una auténtica política de personal al servicio de la mejora y modernización del país.

Por lo que se refiere a las entidades locales, la Constitución de Cádiz señalaba en el artículo 320 que habría “un secretario en todo ayuntamiento, elegido por éste a pluralidad absoluta de votos, y dotado de los fondos del común”, pronunciándose en términos similares en el artículo 333, para los secretarios de las diputaciones. Como se ve, las castas del Antiguo Régimen se sustituyen, en el inicio del liberalismo, por el resultado de la voluntad política, siendo libremente elegidos y removidos de sus puestos, mostrando esta constante durante todo el siglo xix, en el que el sistema de botín fue puesto en práctica tanto por los conservadores como por los liberales. La Ley de 18 de enero de 1845, de organización y atribuciones de los ayuntamientos, matiza que sólo podrían ser cesados en virtud de expediente motivado, y prevé en su artículo 90 que el Gobierno señalará los pueblos en los que el alcalde pueda tener un secretario particular, distinto del secretario del ayuntamiento. Los secretarios particulares y los demás dependientes de su secretaría, cuando los hubiere, sigue diciendo este precepto, serán nombrados por el alcalde.

Sin embargo, frente al débil avance que supuso la Ley de 18 de enero de 1845, la Ley municipal de 20 de agosto de 1870 seguía señalando en su artículo 117 que: “Los ayuntamientos pueden suspender o destituir libremente a los secretarios.”

El Real decreto de 19 de octubre de 1853,² que trata de complementar otro de 21 de septiembre del mismo año, estableció que los ayuntamientos, para cubrir las plazas vacantes de secretarios, debían otorgar preferencia a los empleados cesantes de la Administración del Estado o a jueces o promotores fiscales también cesantes, indicando su exposición de motivos, entre otras cosas, que:

“En nada menoscaban por ello las facultades que el artículo 89 de la Ley orgánica de 8 de enero de 1845 concede a las corporaciones municipales. Éstas seguirán siempre nombrando a los secretarios, dando la preferencia sin embargo a los cesantes de la Administración cuando hubiere aspirantes de esta clase, y eligiéndolos libremente cuando no los haya.”

El largo periodo histórico de la Restauración canovista cuenta con la Ley municipal de 1877 y la Ley provincial de 1882, y merced a esta legislación los secretarios, depositarios y contadores se enfrentan a la dura realidad del libre nombramiento y cese, con alguna matización en el caso de los contadores. El

1. Véase MARQUÉS CARBÓ, L. (1958): *El Derecho local español*, primera parte, Barcelona, p. 520, en el que se efectúa un análisis histórico sobre los oficios locales en el siglo xviii: abogados, procuradores, escribanos, contadores, depositarios, recaudadores, mayordomos de propios, médicos, cirujanos, boticarios, maestros de gramática, guardas de moral y hurto, etcétera.

2. Los problemas que generó la aplicación de este real decreto han sido estudiados por TOSCAS SANTAMANS, E. (2008): *Secretarios municipales y construcción del Estado liberal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 145 y ss., que hace un especial énfasis en los casos de las provincias de Barcelona y Tarragona.

secretario municipal forma parte de la falsificación electoral, siendo un instrumento necesario en “el pucherazo” y en la perpetuación del caciquismo, frente al que se alzaría la corriente regeneracionista impulsada, sobre todo, por el gran polígrafo aragonés Joaquín Costa.

Pío Baroja,³ en *Las horas solitarias*, cuando recuerda un viaje que hizo a la localidad oscense de Candanos, recoge el siguiente diálogo con un agricultor de ese municipio:

—Aquí hacemos puchero —dice el hombre.

—¿Y eso en qué consiste?

—Pues, nada; se reúnen el secretario y el alcalde y meten en el puchero tantas papeletas como vecinos hay.

—¿Así que no vota nadie?

—Nadie, no señor.

—¿Y todos los votos son para el candidato monárquico?

—Según. Si éste viene aquí y va primero de visita a casa de un rico del pueblo que se llama Fortón, tendrá todo el censo; pero si no va no tendrá todo el censo.

El sombrío panorama de la función pública local, por otro lado, lo reflejaba Albi de un modo magistral, al indicar que se caracterizaba por:

“la total incompetencia de sus servidores, que carecían en absoluto de una preparación adecuada, que los dirigentes del municipio no se preocupaban de buscar en aquéllos, puesto que sólo se atendía a su significación política; pero que tampoco hubiesen podido lograr, aun deseándola, puesto que la inevitable y fugaz transitoriedad en el desempeño de los cargos alejaba de los mismos al personal capacitado, que buscaba situaciones de mayor seguridad y permanencia; a lo cual se agregaba la hipertrofia de las plantillas, con la creación de numerosas plazas innecesarias, que recargaban los presupuestos municipales, hasta absorber los gastos de personal, la mayor parte de los mismos. Para este personal, en cambio, la situación significaba la más completa inestabilidad, la inseguridad más absoluta, los haberes incongruos y los desmesurados retrasos en su percepción, cuando no la completa falta de pago en determinados períodos. Todo ello tenía como consecuencia el desbarajuste administrativo crónico, el reinado del favoritismo y del capricho salpimentado con todas las manifestaciones de la más vergonzosa picaresca, entre las cuales destacaba la de los empleados sin obligación de trabajar, que sólo comparecían en el momento de hacer efectivos unos haberes que no habían ganado.”

1.2. El Estatuto municipal de Calvo Sotelo

Una primera reforma destacable se produce en 1900, cuando se aprueba el Reglamento de secretarios de las diputaciones provinciales, que exige la suficiencia, acreditada en público examen y ante un tribunal especial, garantizándoseles la inamovilidad en el puesto, pero en realidad hay que aguardar hasta la intervención de Calvo Sotelo en la Dictadura de Primo de Rivera para encontrar un cambio radical, que se plasmó en el Estatuto municipal de 1924 y en el Estatuto provincial de 1925. La exposición de motivos de aquél decía, entre otras cosas, lo siguiente:

“Todas las restantes prescripciones se encaminan a la mayor estabilidad y capacitación de los servidores del municipio. Ellos habrán de agradecerlo, porque así se les aleja del constante peligro que sobre sus cabezas cernía el vendaval político; pero no lo agradecerá menos el común interés público, que tanto ha de ganar con la depuración de la burocracia municipal.”

El resultado es la creación del Cuerpo de Secretarios y el de Interventores, al que se añadiría más tarde el de Depositarios, en el que se ingresa por oposición, correspondiendo el nombramiento al Pleno mediante votación nominal por mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, quien también tiene atribuida la destitución que, en este caso, debía adoptarse con el voto favorable de dos tercios de los miembros de la entidad local. Se atribuye al secretario su condición de miembro de la corporación, sin derecho a voto, la jefatura de los servicios administrativos y se le encomienda la advertencia de ilegalidad.

Además, el Estatuto municipal —artículos 247 al 251— impone a los ayuntamientos la obligación de aprobar reglamentos para los empleados no integrados en los cuerpos de Secretarios, Interventores y Depositarios, a fin de determinar las condiciones de ingreso, ascenso, retribuciones, funciones, deberes y derechos pasivos, señalando también que las destituciones sólo podrían estar motivadas en la comisión de faltas graves, previo el oportuno expediente en el que se debía oír al interesado. A estos efectos, el 23 de agosto de 1924 el Gobierno aprobó un reglamento relativo al régimen jurídico, administrativo y económico de los empleados municipales, con tres grandes grupos: técnicos, administrativos y subalternos, en el que se incluyen los guardias y agentes armados. A este reglamento, le seguiría el de 1928.

3. BAROJA, P. (1982): *Las horas solitarias*, Editorial Caro Raggio, Madrid, p. 119.

En cuanto al acceso de los empleados municipales que no se integraban en los cuerpos de Secretarios o Interventores, el Estatuto municipal determinaba en el artículo 247 que el ingreso tendría lugar a través de oposición –que tenía carácter preceptivo en los municipios capitales de provincia, cabezas de partido o de más de 4.000 “almas”– o de concurso, estableciendo en este caso una escala graduada de méritos, por orden de preferencia, haciendo hincapié en la autonomía municipal para nombrar y separar a sus funcionarios. En los tribunales “*ha de haber siempre representación de los ayuntamientos* –la cursiva es nuestra–, de los funcionarios y del profesorado oficial del Estado, pudiendo imponer el Gobierno un programa mínimo único, sin perjuicio del derecho de los ayuntamientos a adicionar materias...”. El artículo 250 limita el importe de los gastos de personal al 25 por ciento del presupuesto ordinario,⁴ incorporando una acción popular de los vecinos ante el tribunal provincial contencioso-administrativo contra los acuerdos municipales que vulnerasen este precepto.

A propósito del Estatuto municipal de Calvo Sotelo, sin olvidar el contexto político en el que se produce, Martín Mateo⁵ considera al mismo como “una pieza fundamental en la estructuración de la Administración local, dotándola de un modelo que en aquellas épocas iba por delante del Estado. La Administración municipal había sido hasta entonces una fácil presa de la política caciquil, lo que la reforma trataba de erradicar y en lo que consiguió notables progresos. Se instauró también, en lo que a los denominados cuerpos nacionales se refiere, una auténtica carrera administrativa y un dispositivo de promoción basado en la experiencia y en la formación continuada”.

La Segunda República⁶ mantiene la línea marcada por la legislación de régimen local de Primo de Rivera

y por el Decreto de 13 de abril de 1934 articula medidas para hacer efectivo el derecho a la inamovilidad de los funcionarios locales, reconociendo el carácter de cuerpo nacional a los secretarios, interventores y depositarios, junto con el de directores de bandas de música, manteniendo la trayectoria del anterior régimen a través de la Ley municipal de 1935, siendo una innovación la clasificación de los funcionarios en cuatro grupos: administrativos; facultativos y técnicos; de servicios especiales, y subalternos y guardia municipal. Se dividió también el Cuerpo de Secretarios en tres categorías y en una clase especial para municipios inferiores a los 500 habitantes y se reguló el Cuerpo de Depositarios creado por el Decreto de 10 de junio de 1930, así como el montepío general para el pago de derechos pasivos y de pensiones, siendo especialmente reseñable, igualmente, la Escuela de Funcionarios de la Administración Local.

1.3. La regulación del régimen anterior

En la dictadura franquista se continúa con el carácter nacional de los cuerpos de Secretarios, Interventores y Depositarios, reforzando los cometidos de estos funcionarios, con una clara potenciación de la labor del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales y del Instituto de Estudios de Administración Local –creado por Ley de 6 de septiembre de 1940, heredero de la Escuela de Funcionarios de Administración Local–, en su selección y formación, siendo la oposición el sistema de ingreso.

En cuanto a la provisión de puestos de trabajo, de acuerdo con los artículos 196 y siguientes del Reglamento de funcionarios de Administración local, de 30 de mayo de 1952, y el artículo 4 del Real decreto 642/1981, de 27 de marzo, se aplicaba el sistema de “ternas”,⁷

4. Límite que se mantiene en la Ley de régimen local de 1955, cuyo artículo 331 dispone que para la determinación de ese tanto por ciento se deduciría el importe de lo consignado para cargas financieras en el estado de gastos del presupuesto.

5. MARTÍN MATEO, R. (1991), conferencia, no publicada, impartida en Huesca el día 9 de diciembre de 1991, sobre “Los medios personales de las entidades locales: Visión general”, en la Escuela Universitaria de Graduados Sociales de Huesca, dentro del curso sobre “Las entidades locales, sus recursos humanos”.

6. Excepción hecha de Cataluña, donde su Ley de 9 de marzo de 1934 contempla que el nombramiento y destitución de los funcionarios locales corresponde a los ayuntamientos, siendo necesario en determinadas categorías de secretario el contar con la titulación expedida por la Escuela de Administración Pública de la Generalitat.

7. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 193/1987, de 9 de diciembre, al resolver el concurso de amparo promovido contra la sentencia de la Audiencia Nacional, desestimatoria de recurso y confirmatoria de la Orden ministerial, de 30 de junio de 1983, sobre nombramiento de secretario del Ayuntamiento de León, a favor de quien ocupaba el tercer lugar de la terna elevada, entiende que se

conculcan los derechos del que por puntuación figuraba en primer lugar, vulnerándose los derechos fundamentales de igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos –artículo 23.2 de la CE–, otorgando el amparo solicitado, ya que no se cumplieron los principios constitucionales de mérito y capacidad, al haber tomado en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos. El Tribunal Constitucional entiende también que las facultades de las corporaciones locales en el procedimiento de selección de los cuerpos nacionales no guardan relación con el principio de autonomía, sino con el criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad de los aspirantes:

“Y ello porque la autonomía local consiste, fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente, entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política (STC 4/1981), mientras que la resolución de un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante de funcionarios ha de hacerse de acuerdo con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante a la plaza de que se trate conforme establece el artículo 103.3 de la Constitución.”

mediante el cual la Dirección General de Administración Local, de entre los tres aspirantes que resultan con mayor puntuación en aplicación del baremo de méritos reglamentariamente establecido, designaba para cada plaza a uno de los concursantes que figurasen en la indicada terna.

La legislación en este período se caracteriza por su corrección técnica, destacando, además del Reglamento de funcionarios de 30 de mayo de 1952, el Decreto de 24 de junio de 1955, por el que se aprueba el Texto articulado y refundido de las leyes de bases de régimen local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953 –artículos 319 al 353, ambos inclusive.

Al margen de algunas reformas menores, introducidas en el transcurso de la vigencia de la Ley de régimen local de 1955, es reseñable el Decreto 687/1975, de 21 de marzo, que reguló provisionalmente los cuerpos nacionales, pero habrá que esperar a los estertores del franquismo para encontrar novedades sustanciales en el modelo de empleo público local.

1.4. La transición hacia la democracia

A través de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de bases del Estatuto de régimen local, se dio paso a su articulación parcial mediante el Real decreto 3046/1977, de 6 de octubre, que viene a derogar los artículos 319 al 353 del Texto articulado y refundido de la Ley de régimen local, de 24 de junio de 1955, regulando a los distintos cuerpos nacionales en sus artículos 73 y siguientes, aunque precisó enseguida de unas claras correcciones en determinados aspectos, tras la aprobación de la Constitución de 1978, ya que, por ejemplo, el secretario seguía manteniendo la condición de miembro de la corporación, con voz y sin voto, en el artículo 75.2, lo que estaba en pugna, una vez aprobada la Constitución, con el carácter democrático de la composición de los órganos representativos de las entidades locales –ex artículos 140 y 141 de la CE.

En cuanto a los cuerpos nacionales, el sistema selectivo siguió siendo el de oposición, con la posterior superación del curso selectivo organizado por el Instituto de Estudios de Administración Local, a través de la Escuela Nacional de Administración Local.

2. La legislación posterior a la Constitución española de 1978: la Ley reguladora de las bases del régimen local y sus continuas modificaciones

El Real decreto ley 3/1981, de 16 de enero, modificó sustancialmente el alcance de la llamada advertencia de ilegalidad contenida en el artículo 413 de la Ley de régimen local de 1955, que también había sido objeto de regulación por el Real decreto ley 11/1979, de 20

de junio, de medidas urgentes de financiación de las corporaciones locales. Este mencionado real decreto ley se corresponde sustancialmente con la posterior Ley 40/1981, de 28 de octubre, de régimen jurídico de las corporaciones locales, y la mayoría de los autores se inclinaron por pensar que de la doble faceta de la advertencia de ilegalidad –interna y externa–, había desaparecido esta última y que, por supuesto, permanecía vigente la de carácter interno.

En estas dos normas, dictadas ya bajo la vigencia de la Constitución española de 1978, se suprimen autorizaciones, controles y aprobaciones por parte de la Administración del Estado. Se concretó, por otro lado, cuándo tenían naturaleza preceptiva –artículo 4– los informes del secretario y del interventor.

La profunda adaptación de la legislación de régimen local al nuevo marco constitucional se produce, al margen de la operada en virtud de los decretos ley 11/1979 y 3/1981, y de la Ley 40/1981, así como de las sentencias del Tribunal Constitucional –sobre todo la de 2 de febrero de 1981–, merced a la Ley 7/1985, de 2 de abril –en adelante LRL–, que, en lo que se refiere a los cuerpos nacionales, según determina la disposición transitoria 7, apartado 2, establecía que:

“Se autoriza al Gobierno para que, a iniciativa del ministro de la Presidencia, declare a extinguir determinados cuerpos cuando lo exija el proceso general de racionalización o el debido cumplimiento de la presente ley, estableciendo los criterios, requisitos y condiciones para que los funcionarios de estos cuerpos se integren en otros.”

Esta disposición aparecía, en cierto sentido, como contradictoria con lo que señalaba el artículo 92 de la misma ley:

“2. Son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

“3. Son funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional:

“a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

“b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación.

“4. La responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá

ser atribuida a miembros de la corporación o funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determine por la legislación del Estado.”

En efecto, las funciones esenciales que se habían venido atribuyendo a los miembros de los cuerpos nacionales, hasta la entrada en vigor de esta nueva ley —una vez hecha la necesaria y urgente depuración de aspectos tales como que el secretario ya no reunía la condición de miembro de la corporación— continuaban siendo consideradas funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales y se reservaban a los funcionarios con habilitación de carácter nacional, por lo que la disposición transitoria que habilitaba al ejecutivo para declarar a extinguir determinados cuerpos, integrándolos en otros, introducía dudas respecto de cuál era la verdadera intención del legislador.

En este sentido, hay que recordar el crucial momento histórico que se acababa de vivir en nuestro país —pasando de un régimen centralista y no democrático a otro descentralizado y profundamente democrático—, y que las entidades locales, como administraciones de primera fila, fueron quienes, desde un punto de vista positivo, recibieron el mayor impulso democratizador —con un extraordinario movimiento ciudadano, esencialmente reivindicativo—, pero al mismo tiempo sufrieron un cierto vacío de poder, en esos primeros estadios, que fue llenado con la existencia de un aparato administrativo y técnico altamente preparado, siendo objeto de un inicial e injustificado recelo —explicable en parte por no ser suficientemente conocido, y ello al margen de que había que reconocer también algunas situaciones patológicas— por quienes aspiraban legítimamente a gobernar los nuevos ayuntamientos y diputaciones.

En realidad, ninguna de las fuerzas mayoritarias representadas en las Cortes Generales planteó la extinción de los cuerpos nacionales,⁸ que, desde el punto de vista constitucional, habían tenido el res-

paldo preciso del Tribunal Constitucional en la sentencia 25/1983, de 7 de abril, cuando todavía no se había promulgado la nueva legislación de régimen local, y que eran considerados como un acierto por la doctrina. Así, Martín Mateo⁹ y Fuertes Suárez.¹⁰

Es cierto, pues, que en la acomodación a la nueva ley algunas funciones no esenciales, como la jefatura de personal —que, de hecho, en las grandes corporaciones, ya no era asumida por el secretario—, dejaron de corresponder a estos funcionarios y otras, como las de coordinación, aparecían como implícitas y precisaban del oportuno desarrollo, pero, en general, había imperado el sentido de Estado y estos funcionarios continuaban con funciones claves en las entidades locales, correspondiendo a la Administración estatal la selección, el nombramiento, la provisión de puestos, la formación, la imposición de sanciones...

Hay que decir, asimismo, que la citada disposición transitoria séptima contenida en la LRL era anterior a la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, que corrigió los excesos de la Ley 30/1984, en cuanto hizo rectificar en la tendencia deslegalizadora en materia de cuerpos de funcionarios y que podría ser incluso inconstitucional, por contraria al principio de reserva de ley, esa habilitación al Gobierno para que extinguiese determinados cuerpos y los integrase en otros, pudiendo pensarse que si la mencionada LRL hubiese conocido la interpretación cabal del Tribunal Constitucional pronunciada en esa sentencia respecto del artículo 27.4 de la Ley 30/1984 —de contenido similar— no se hubiese redactado en esos términos.

En cualquier caso, en cumplimiento de las previsiones de la disposición final primera de la LRL, que autorizaba al Gobierno para que refundiera en un texto las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, éste llevó a cabo tal mandato, mediante el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, renunciando a la utilización del término cuerpo nacional y, en su lugar, estableció disposiciones específicas para los funcionarios con habilitación de carácter nacional —entre otras, en los artículos 158 y siguientes.

8. Cuando efectuamos la defensa de los cuerpos nacionales no dejamos de desconocer los elementos negativos que también han rodeado a los mismos, en buena parte facilitados por la propia actuación del Estado, que no ha sabido aplicar un riguroso régimen disciplinario que equilibrase y corrigiese las disfunciones producidas en el actuar de algunos de los integrantes de estos cuerpos, así como la adopción de medidas legislativas que previesen que, en determinadas circunstancias, debido al profundo stress a que se somete a estos funcionarios, al frente de sus puestos, podrían ser adscritos, previo expediente con todas las garantías, a otros de la Administración del Estado o de la correspondiente a las comunidades autónomas o, en su caso, de las mismas entidades locales, cuando de forma notoria su rendimiento no fuese el requerido, de un modo objetivo, por las plazas desempeñadas.

9. MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, Trivium, Madrid, 14.ª edición, p. 279.

Este autor indica:

“Aunque quizá mediatizado en exceso el proceso [se refiere a la selección y provisión de puestos de habilitación nacional] es de alabar que se haya mantenido esta opción, ya que el sistema español venía dando excelentes resultados y ha sido copiado y admirado exteriormente en cuanto que propicia la formación continuada de los funcionarios implicados a través de sucesivas experiencias en corporaciones de progresiva complejidad y de la realización de cursos de especialización.”

10. FUERTES SUÁREZ, J.L.: *Función pública, reforma administrativa y Estado autonómico*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980, p. 46.

Será más tarde, cuando el Real decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, da por supuesto que están extinguidos los tres cuerpos nacionales –Secretarios, Interventores y Depositarios– en su disposición transitoria primera y establece los criterios para su integración en la nueva escala –dentro de las correspondientes subescalas y categorías.

En relación con la naturaleza jurídica de este real decreto, en un riguroso análisis del mismo, Domingo Zaballo¹¹ señala que se trata de un reglamento ejecutivo parcial de la Ley 7/1985, dotado de una singular fuerza jurídica frente a hipotéticas regulaciones autonómicas en materia de régimen local y/o función pública, cuyo contenido ha de considerarse como normativa básica estatal. Este autor analiza, a continuación, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 1990, Sección 9.ª, ponente Sr. Cáncer Lalanne, sentencia que mantiene que, al ser incompatible la nueva regulación de estos funcionarios de habilitación nacional con los anteriores cuerpos nacionales, aunque no se hubiera producido formal y explícitamente su extinción, habría resultado la misma a partir de aquélla. Nos dice este autor lo siguiente, pareciéndole acertado el juicio del Tribunal Supremo:

“no existe en el caso que nos ocupa una extinción de cuerpos operada *ex novo* por un reglamento o sobre la base de puras y simples remisiones legales vacías de todo vínculo sustantivo –algo, desde luego inconstitucional–, sino que el Decreto de 1987 fue aprobado sobre la base de una regulación legal suficientemente sustantiva contenida primero en la Ley 7/1985 y después en el TRRL de 1986.”

Habría que apostillar, por nuestra parte, que sí hay un cierto fallo en todo este discurso lógico, ya que la propia disposición transitoria séptima, al margen de que pueda mantenerse dialécticamente que no ha vulnerado la reserva de la ley formal –lo que consideramos más que dudoso–, establece el criterio de que se ha de proceder a la integración de los cuerpos extinguidos en otros cuerpos y, como sabemos, ello no ha tenido lugar, sino la integración en unas escalas, que no es el principio de organización al que remite la citada disposición transitoria de la función pública –salvo que se trate de evidenciar con el cambio de nombre un cierto rechazo, como así subyacía, en la propia Ley 30/1984, frente a determinados cuerpos de la Administración–. Es significativo, en este sentido, que el propio Tribunal Constitucional, en la posterior sentencia 385/1993, de 23 de diciembre, sin esos prejuicios, siga hablando, como ya lo hizo en

anteriores sentencias, de cuerpos, para referirse a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

2.1. Normativa aplicable

En concreto, son objeto de análisis, a continuación, las siguientes disposiciones, reguladoras de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, que se detallan sin pretensión de exhaustividad, con un claro protagonismo de la normativa estatal, frente al nuevo camino que abre en este momento la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público –en adelante EBEP– a favor de las comunidades autónomas, que hasta ahora tenían un reducido margen de maniobra, como veremos:

1. LRL (artículos 92, 98, 99, disposición adicional 2 y 3, disposición transitoria 1 y 7 y disposición final 1), en la que hay que tener en cuenta las siguientes modificaciones:

–Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado, para 1992, cuya disposición adicional octava altera sustancialmente el régimen de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, modificando su artículo 99, al posibilitar, con carácter excepcional, el acceso mediante el sistema de libre designación a determinados puestos, como comentaremos más adelante.

–La Ley 10/1993, de 21 de abril, sobre modificación del régimen de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, sustancialmente coincidente con la Ley 31/1991, que introduce algunas matizaciones respecto a la provisión por libre designación. (Una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional –véase por todas la sentencia 76/1992– señala que las normas contenidas en las leyes de presupuestos deben guardar una relación directa con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los presupuestos, matizando que es exigible una relación funcional directa de las normas del texto articulado con los estados de ingresos y gastos. Es obvio que la repetida Ley 31/1991 podía extravasar los límites de las leyes de presupuestos, por lo que se explica así la necesidad de promulgar la Ley 10/1993.)

–La Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo. Su disposición adicional novena se ocupa de la modificación del régimen de provisión de puestos de trabajo de

11. DOMINGO ZABALLO, M.J.: “En torno al régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter

nacional –comentario a la STS (Sección 9.ª) de 4 de diciembre de 1990–”, *La Ley* (t. 1991-3), p. 273 y ss.

funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, atribuyendo a las comunidades autónomas un 10 por ciento del total posible para fijar los méritos que correspondan al conocimiento de las especialidades de su organización territorial y normativa autonómica, además de asignar competencias de ejecución sobre determinados aspectos de esta escala.

—Real decreto legislativo 2/1994, de 25 de junio, que da nueva redacción al apartado 1 del artículo 99 de la LRL.

—Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. El artículo 64 se ocupa, entre otras cuestiones, de los nombramientos interinos.

—Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Modifica el párrafo cuarto del apartado 2 del artículo 99 de la LRL, para indicar que las bases de las convocatorias serán aprobadas por el presidente de la corporación.

—Ley 57/2003, de 26 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Introduce novedades destacadas en el nuevo título X, que incorpora a la LRL, para los llamados municipios de gran población, partiendo de una pretendida parlamentarización del régimen local, encajadas en la nueva estructura de órganos superiores y directivos, incluyendo entre estos últimos al secretario general del Pleno, al interventor general municipal, al titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma, y al titular del órgano de gestión tributaria.

—Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, introduce la disposición adicional 15 en la LRL, a la que nos referiremos más adelante, contemplando el régimen de directivos y determinados funcionarios con habilitación de carácter estatal.

—Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, que contempla en la disposición adicional segunda las peculiaridades en materia de contratación de las entidades locales, incidiendo en las atribuciones de la Secretaría.

2. TRRL [artículos 129.2.b) y 158 a 166]. Este real decreto legislativo ha tenido también las siguientes modificaciones:

—Ley 31/1991, antes citada, que en su disposición adicional octava, punto cinco, declara derogados los números 5 y 6 del apartado 2, letra b), del artículo 129.

—Ley 10/1993, ya reseñada, que confirma la derogación efectuada, en este sentido, por la Ley 31/1991, a los números 5 y 6 del apartado 2, letra B), del artículo 129.

—Real decreto legislativo 2/1994. Da nueva redacción al número 7 de la letra b), del apartado 2, del artículo 129. Asimismo, se redacta de nuevo el artículo

159, se adicionan al artículo 160 tres apartados, se redacta de nuevo el artículo 161, y el apartado 1 del artículo 165 queda con nueva redacción.

—Ley 42/1994. Su artículo 64 da nueva redacción al número 7 de la letra b) del apartado 2 del artículo 129. Asimismo, afecta al apartado 1 del artículo 159.

3. Real decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, sobre régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Fue objeto de derogación por el Real decreto 731/1993, de 14 de mayo, en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II, del título primero, a excepción de los artículos 8, 13.2, 14, 17.2, 18.1 y 19.2; en los artículos 24.3 y 25; el capítulo II del título II; el artículo 49.2; la letra c) del artículo 53.2 y la disposición adicional primera. Este real decreto deroga el Reglamento de funcionarios de 30 de mayo de 1952, en todo aquello que afecte específicamente al régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, y al Decreto 687/1975, sobre regulación de los cuerpos nacionales de Administración local.

4. Real decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional. Sustituye al Real decreto 731/1993, de 14 de mayo.

5. Orden de 10 de agosto de 1994, que dicta normas sobre concursos de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Deroga la Orden de 7 de julio de 1993, por la que se dictan normas de aplicación en relación con la provisión de puestos reservados a estos funcionarios y la Orden de 7 de diciembre de 1993, aprobatoria del modelo de convocatoria conjunta y de las bases comunes por las que se rigen los concursos para la provisión de puestos de habilitación.

6. Orden de 8 de septiembre de 1994, por la que se aprueban el modelo de convocatoria conjunta y las bases comunes por las que han de regirse los concursos ordinarios para la provisión de puestos de trabajo reservados a esta escala.

7. Resolución de 26 de octubre de 1994, del INAP, por la que se establecen, de acuerdo con las comunidades autónomas, los criterios de reconocimiento y valoración de los cursos de formación y perfeccionamiento de Administración local, en cumplimiento de lo establecido en la Orden de 10 de agosto de 1994.

8. Real decreto 834/2003, de 27 de junio, que incide, por vía de derogación o de modificación de preceptos, en los citados reales decretos 1174/1987 y 1732/1994, precisa las nuevas titulaciones académicas para participar en las pruebas de accesos a las tres subescalas y contempla la integración en el grupo A del artículo

25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de los funcionarios de la subescala de Secretaría-Intervención –a su vez, por el Real decreto 522/2005, de 13 de mayo, se modificaron los requisitos para dicha integración–. Al mismo tiempo, aborda el acceso a la categoría superior, modifica la situación de expectativa de nombramiento, precisa que los méritos específicos forman parte de la relación de puestos de trabajo, resuelve cuestiones relativas a las tomas de posesión y establece prelación en los diferentes nombramientos (provisionales, acumulaciones, interinos, accidentales...).

9. Orden APU/244/2007, de 29 de enero, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la subescala de Secretaría-Intervención, mediante el sistema de concurso-oposición, en el marco de consolidación de empleo interino.

10. Orden APU/450/2008, de 31 de enero, por la que se aprueban los títulos académicos y programas mínimos requeridos para el acceso a las subescalas en que se estructura la escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal (BOE núm. 48, de 25 de febrero).

2.2. Estructuración

Según establecía el artículo 20, en relación con el artículo 22.2, del Real decreto 1174/1987, la habilitación de carácter nacional se estructuraba como escala diferenciada de las de Administración general y Administración especial, previstas en el artículo 167 del TRRL, dividida en las siguientes subescalas:

- a) Secretaría.
- b) Intervención-Tesorería.
- c) Secretaría-Intervención.

A su vez, las subescalas de Secretaría y de Intervención-Tesorería cuentan con las categorías de Entrada y Superior.

Para participar en las pruebas selectivas a estas subescalas, los aspirantes deberán estar en posesión –ex artículo 22.1 del Real decreto 1174/1987– en el momento en que termine el plazo de presentación de instancias, de los títulos académicos allí previstos, que, como se ha señalado, fueron objeto de modificación por el Real decreto 834/2003 y por la Orden APU/450/2008, de 31 de enero, anteriormente citada.

Los puestos de trabajo a los que pueden acceder, en función de su pertenencia a la subescala y, en su caso, categoría correspondiente, siguiendo a los artículos 2 y siguientes del Real decreto 1732/1994, podrían resumirse en el siguiente cuadro, adaptado de la revista *Bando*, número 28, 1994:

Cuadro 5
Puestos a desempeñar por los funcionarios con habilitación de carácter nacional

Puesto	Entidad local	Subescala	Categoría
Secretaría de clase 1. ^a	Diputaciones, cabildos y consejos ayuntamientos de más de 20.000 habitantes	Secretaría	Superior
Secretaría de clase 2. ^a	Ayuntamientos entre 5.001 y 20.000 habitantes o presupuesto superior a 500 millones	Secretaría	Entrada
Secretaría de clase 3. ^a	Agrupaciones y resto de ayuntamientos	Secretaría-Intervención	
Intervención de clase 1. ^a	Igual que secretarías de clase 1. ^a	Intervención-Tesorería	Superior
Tesorería (preceptiva)	Igual que secretarías de clase 1. ^a y agrupaciones de secretarías de 2. ^a , afectos de intervención	Intervención-Tesorería	Superior Entrada
Tesorería (facultativa)	Resto de ayuntamientos con Secretaría de 2. ^a	Habilitado nacional o funcionario	Entrada
Tesorería (facultativa)	Ayuntamientos con Secretaría de 3. ^a	Concejal o funcionario	
Puestos de colaboración		Habilitado nacional según clasificación	
S.A.T. Diputaciones		Habilitado nacional según clasificación	

Hay que aclarar, con relación a los puestos de colaboración que hemos mencionado en el cuadro precedente, que el Real decreto legislativo 2/1994, de 25 de junio –en concreto, su artículo 2.5–, daba nueva redacción al apartado 1 del artículo 165 del TRRL, que quedó en los siguientes términos:

“1. Con independencia de los puestos de trabajo mínimos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional a que se refieren los artículos anteriores, las corporaciones locales, en los términos que reglamentariamente se determinen por la Administración del Estado, podrán crear otros

puestos de trabajo reservados igualmente a funcionarios que posean dicha habilitación, cuya clasificación corresponderá a las comunidades autónomas.”

Por lo que se refiere a la posibilidad de atribuir las funciones de tesorero a concejal o a un funcionario propio, sin habilitación de carácter nacional, en corporaciones con Secretaría de 3.ª clase –de acuerdo con lo que determina el artículo 2.f) *in fine* del Real decreto 1732/1994–, hay que indicar que correspondía a la respectiva entidad hacer uso de esta opción –como ya venía sucediendo a partir de la Orden ministerial de 16 de julio de 1963–, según se infiere del artículo 41.19 del ROF, que se refiere a las facultades del Pleno para aprobar las formas de gestión de sus servicios de recaudación y de tesorería.

Asimismo, como sucede en el caso anterior, en desarrollo también de lo dispuesto en el artículo 92.4 de la LRL, que prevé la posibilidad de atribuir las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación a miembros de la corporación o a funcionarios sin habilitación nacional, es posible hacer uso de la opción en la relación de puestos de trabajo, en las secretarías de clase segunda –siempre que no se trate de corporaciones agrupadas con otras a efectos de sostenimiento en común del puesto único de Intervención– y que el puesto de Tesorería se reserve a habilitado nacional o que sea desempeñado por uno de sus funcionarios debidamente cualificados –ex artículo 2.f), párrafo segundo, del Real decreto 1732/1994.

Hay que tener en cuenta que, según la disposición final tercera, tres, para el debido cumplimiento de las funciones que le competen a la Administración del Estado, en relación con las entidades locales, el Gobierno podrá adscribir a sus servicios funcionarios de las corporaciones locales y, por supuesto, a miembros de los llamados cuerpos nacionales.

Téngase presente, por último, que las comunidades autónomas, tras la reforma operada por el Real decreto legislativo 2/1994 –que se vio afectada, a su vez, en virtud de la Ley 42/1994–, por la que se da nueva redacción al artículo 159.1 del TRRL y que

modifica también el Real decreto 1732/1994, tenían las competencias de ejecución en materia de creación, supresión y clasificación¹² de los puestos de trabajo reservados a los cuerpos nacionales, de acuerdo con los límites de población, presupuesto y demás circunstancias generales y objetivas establecidas reglamentariamente por la Administración del Estado –en ese momento el mencionado artículo 2 del Real decreto 1732/1994, tal como se ha representado en el cuadro número 5.

2.3. Selección, nombramiento y toma de posesión

La selección de los funcionarios con habilitación de carácter nacional era una competencia del Estado –ex artículo 129.2.b).2 del TRRL–, en desarrollo de la oferta de empleo¹³ para estas plazas. Hay que decir, en este sentido, que viene siendo tradicional la existencia de un abultadísimo número de vacantes que existen en las diferentes subescalas y categorías, que ha favorecido situaciones de intrusismo y problemas derivados de la falta de este personal directivo en muchas corporaciones.

El ingreso en las subescalas en que se estructura la habilitación de carácter nacional se llevaba a cabo mediante pruebas selectivas para el acceso a los cursos de formación y superación de éstos en el INAP o en institutos o escuelas de funcionarios de las comunidades autónomas, con las que aquél hubiera convenido la delegación prevista en el artículo 98.1 de la LRL. Quienes obtenían la habilitación ingresaban en la función pública local y estaban legitimados para participar en los concursos convocados para la provisión de las plazas o puestos de trabajo reservados en las plantillas de cada entidad local.

Así pues, correspondía al Estado la expedición de los títulos acreditativos de su habilitación, es decir, el nombramiento como funcionarios públicos de los integrantes de estos cuerpos nacionales –ex artículo 129.2.b).3 del TRRL–, una vez superadas las pruebas selectivas y el curso de formación subsiguiente, durante cuya realización tienen la consideración de funcionarios en prácticas.

12. De conformidad con lo que determina la disposición adicional primera del Real decreto 1732/1994, de 29 de julio, las modificaciones de la clasificación de las plazas o de la forma de provisión de puestos de trabajo no afectarán a los destinos de quienes los vinieran desempeñando con carácter definitivo.

Asimismo, al haberse derogado por el Real decreto 158/1986, de 2 de febrero, la previsión sobre intervalos de nivel de complemento de destino, en función de los tramos de población, y ser ahora de aplicación los intervalos de niveles contemplados en el artículo 71 del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, actualmente los niveles de complemento de destino no giran en torno a la clasificación de la

plaza de Secretaría para el personal de la entidad, sino en función del grupo al que se adscriba la plaza y los criterios de jerarquización establecidos en la respectiva corporación.

13. El Tribunal Supremo, en sentencias, respectivamente, de 9 de diciembre de 1988, RJ 9342, y de 7 de octubre de 1991, RJ 7718, considera que no se vulnera la legalidad ni se invade el ámbito de la autonomía municipal al establecer criterios de coordinación de la oferta de empleo público de los municipios y al excluir las plazas reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional, incluyéndolas en la oferta que hace el Estado, todo ello a propósito de los reales decretos 350 y 352 de 1986.

La toma de posesión por parte de estos funcionarios determina el *dies a quo* en que pasan a depender de la correspondiente corporación, como señala el artículo 99.3 de la LRL:

“La toma de posesión determina la adquisición de los derechos y deberes funcionariales inherentes a la situación en activo, pasando a depender el funcionario de la correspondiente corporación, sin perjuicio de la facultad disciplinaria de destitución del cargo y de separación definitiva del servicio que queda reservada en todo caso a la Administración del Estado.”

Asimismo, el párrafo siguiente de este artículo establecía:

“En todo caso, en esta última Administración [se refiere a la del Estado] se llevará un registro relativo a los funcionarios locales con habilitación nacional, en el que deberá inscribirse, para su efectividad, todas las incidencias y situaciones de dichos funcionarios.”

2.3.1. El concurso de méritos

Tradicionalmente, el desempeño de los puestos de trabajo reservados a los funcionarios integrados en los cuerpos nacionales se llevaba a cabo por concurso de méritos, al que se aplicaba, de acuerdo con los artículos 196 y siguientes del Reglamento de funcionarios de Administración local, de 30 de mayo de 1952, y el 4 del Real decreto 642/1981, de 27 de marzo, el sistema de “ternas”, mediante el cual las corporaciones, de entre los tres aspirantes que resultaban en aplicación del baremo de méritos reglamentariamente establecido con mayor puntuación, acordaban un orden de prelación que podían alterar, entre estos tres aspirantes.

El Tribunal Constitucional,¹⁴ en sentencia 193/1987, de 9 de diciembre, al resolver el recurso de amparo promovido contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatoria de recurso y confirmatoria de la Orden ministerial de 30 de junio de 1983, sobre nombramiento de secretario de Administración local, que afectaba al Ayuntamiento de León, a favor de quien ocupaba el tercer lugar de la terna elevada por la corporación municipal al ministerio mencionado, entiende que se conculcan los derechos del que por puntuación figuraba en primer lugar, vulnerándose los derechos fundamentales de igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos –artículo 23.2 de la CE–, otorgándole el amparo soli-

citado, ya que no se cumplieron los principios constitucionales de mérito y capacidad, al haber tomado en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos.

El Tribunal Constitucional entiende también que las facultades de las corporaciones locales en el procedimiento de selección de los cuerpos nacionales no guardan relación con el principio de autonomía, sino con el criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad de los aspirantes:

“Y ello porque la autonomía local consiste, fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente, entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política (STC 4/1981, fundamento jurídico 3.º) (R.T. Const. 4), mientras que la resolución de un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante de funcionarios ha de hacerse de acuerdo con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante a la plaza de que se trate conforme establece el artículo 103.3 de la Constitución.”

Llegados a este punto, conviene recordar qué señalaba la normativa vigente respecto de los concursos de méritos para proveer puestos reservados a los funcionarios de habilitación nacional. Especialmente, el artículo 99.1 de la LRL establecía lo siguiente:¹⁵

a) Redacción dada por la disposición adicional 8 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992.

“El concurso será el sistema normal de provisión de puestos de trabajo, y en él se tendrán en cuenta los méritos generales, entre los que figuran la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad, así como los méritos específicos adecuados a las características del puesto. Los méritos generales serán de preceptiva valoración en todo caso y su puntuación alcanzará el 75 por ciento del total posible conforme al baremo correspondiente. No regirá esta limitación cuando no se establezcan méritos específicos.

“Corresponde a la Administración del Estado determinar los méritos generales, y a las corporaciones locales la determinación de los específicos.

“Las corporaciones locales aprobarán las bases del concurso y las remitirán a las correspondientes comunidades autónomas.

14. El Tribunal Constitucional también ha estudiado la problemática de los concursos de funcionarios con habilitación nacional en una conocida y polémica sentencia, la 75/1983, de 3 de agosto, en la que no consideró inconstitucional el artículo 28 del Decreto 1168/1960, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley especial para el municipio de Barcelona, que fija como condi-

ción necesaria para obtener los puestos de secretario, interventor y tesorero de ese ayuntamiento no superar los sesenta años de edad.

15. La primitiva redacción del artículo 99.1 de la LRL no hacía referencia al conocimiento de la lengua propia de las comunidades autónomas.

“Las corporaciones locales incluirán en las bases del concurso el conocimiento de la lengua oficial propia de sus correspondientes comunidades autónomas, en los términos previstos en la legislación autonómica respectiva.

“Las convocatorias de los concursos serán publicadas simultáneamente por las comunidades autónomas en sus diarios oficiales dentro de los plazos fijados reglamentariamente. Asimismo, se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* extracto de las mismas, que servirá de base para el cómputo de plazos.

“Las resoluciones de los concursos se efectuarán por las corporaciones locales y se remitirán al Ministerio para las Administraciones Públicas quien, previa coordinación de las mismas para evitar la pluralidad simultánea de adjudicaciones a favor de un mismo concursante, procederá a efectuar los nombramientos, que serán objeto de publicación en los diarios oficiales de las comunidades autónomas y en el *Boletín Oficial del Estado*.

“El Ministerio para las Administraciones Públicas efectuará, supletoriamente, la convocatoria anual de los puestos de trabajo vacantes reservados a concursos no convocados por las corporaciones locales, en función de los méritos generales y de acuerdo con las comunidades autónomas respecto del requisito de conocimiento de la lengua propia.”

b) Posteriormente, la Ley 10/1993, de 21 de abril, da nueva redacción, que mantiene sustancialmente la anterior, si bien altera los siguientes apartados:

“Las corporaciones locales incluirán en las bases del concurso los méritos específicos que puedan establecer, así como el conocimiento de la lengua oficial propia de sus correspondientes comunidades autónomas, en los términos previstos en la legislación autonómica respectiva.

“Las convocatorias de los concursos se efectuarán por los presidentes de las corporaciones locales y serán publicadas simultáneamente por las comunidades autónomas en sus diarios oficiales dentro de los plazos fijados reglamentariamente. Asimismo, se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* extracto de las mismas, que servirá de base para el cómputo de plazos.”

c) En aplicación de la previsión contenida en la disposición adicional novena de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, el artículo primero del Real decreto legislativo 2/1994, de 25 de junio, da la siguiente redacción a este apartado 1 del mencionado artículo 99 de la LRL:

“El concurso será el sistema normal de provisión de puestos de trabajo y en él se tendrán en cuenta los méritos generales, entre los que figuran la pose-

sión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad; los méritos correspondientes al conocimiento de las especialidades de la organización territorial de cada comunidad autónoma y de la normativa autonómica, y los méritos específicos directamente relacionados con las características del puesto.

“Los méritos generales serán de preceptiva valoración en todo caso, se determinarán por la Administración del Estado y su puntuación alcanzará el 65 por ciento del total posible conforme al baremo correspondiente. No regirá esta limitación cuando no se establezcan otros méritos.

“Los méritos correspondientes al conocimiento de las especialidades de la organización territorial de la comunidad autónoma y de su normativa específica se fijarán por cada comunidad autónoma, y su puntuación podrá alcanzar hasta un 10 por ciento del total posible.

“Los méritos específicos se podrán determinar por cada corporación local, y su puntuación alcanzará hasta un 25 por ciento del total posible.

“Las corporaciones locales aprobarán las bases del concurso, con inclusión de los méritos específicos que puedan establecer los determinados por su comunidad autónoma, así como el conocimiento de la lengua oficial de la misma en los términos previstos en la legislación autonómica respectiva.

“Los presidentes de las corporaciones locales efectuarán las convocatorias de los concursos y las remitirán a las correspondientes comunidades autónomas para su publicación simultánea en los diarios oficiales, dentro de los plazos fijados reglamentariamente. Asimismo, el Ministerio para las Administraciones Públicas publicará en el *Boletín Oficial del Estado* un extracto de las mismas, que servirá de base para el cómputo de plazos.

“Las resoluciones de los concursos se efectuarán por las corporaciones locales y se remitirán al Ministerio para las Administraciones Públicas, quien previa coordinación de las mismas para evitar la pluralidad simultánea de adjudicaciones a favor de un mismo concursante, procederá a formalizar los nombramientos, que serán objeto de publicación en los diarios oficiales de las comunidades autónomas y en el *Boletín Oficial del Estado*.

“El Ministerio para las Administraciones Públicas efectuará, supletoriamente, la convocatoria anual de los puestos de trabajo vacantes reservados a concurso no convocados por las corporaciones locales, en función de los méritos generales y los de valoración autonómica y de acuerdo con las comunidades autónomas respecto del requisito del conocimiento de la lengua propia.”

Los cambios que se introdujeron, pues, en materia de concursos de méritos, en líneas generales, han de calificarse de positivos, ya que la realidad autonómica que se deriva de la Constitución española de 1978 exigía una acomodación de la normativa concursal. Así, que se tuvieran en cuenta las peculiaridades de la organización territorial de las comunidades autónomas o el conocimiento de la lengua propia en los casos de cooficialidad lingüística, era algo necesario, aunque teniendo presente que esto último debía establecerse como mérito y no como requisito,¹⁶ dado que reforzaba la credibilidad y aceptación de los cuerpos nacionales. No obstante, el sistema habría debido ser objeto de desarrollo y, por ejemplo, exigía que la Administración del Estado facilitase el desarrollo de cursos que permitieran alcanzar a los integrantes de la habilitación nacional la necesaria acreditación en esas materias, especialmente en el caso de la lengua.

En desarrollo del Real decreto legislativo 2/1994, se dictó el Real decreto 1732/1994, de 29 de julio –que sustituye al Real decreto 731/1993–, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (BOE núm. 189, de 9 de agosto), que dedica los artículos 11 al 26, ambos inclusive, a la provisión que estamos analizando ahora por concurso de méritos.¹⁷

El artículo 12 de este reglamento distinguía los concursos ordinarios de méritos, convocados anualmente por los presidentes de las corporaciones locales y, con carácter subsidiario por el MAP –concurso unitario–, fijando que la duración de los procedimientos de provisión no podrá exceder de seis meses.

El modelo de convocatoria correspondía aprobarlo al ministerio, en coordinación con las comunidades

autónomas, con determinación de las bases comunes, siendo el Pleno de la corporación respectiva el que aprueba las bases de cada concurso, fijando, especialmente, la determinación de las características del puesto y, en su caso, los méritos específicos y la forma de acreditarlos y de valorarlos, con indicación de la composición del tribunal calificador y de la previsión, también en su caso, de entrevista.¹⁸

Las bases incluían, en su caso, el conocimiento de la lengua oficial propia y el baremo de méritos de valoración autonómica, aprobados por la respectiva comunidad autónoma. De un total de 30 puntos, que se fijaba como puntuación máxima a obtener, 19,50 corresponden a los méritos generales, asignados por el Estado;¹⁹ 7,50 lo son por las corporaciones locales, en relación con las características del puesto de trabajo y funciones del mismo, y 3 por las comunidades autónomas, en lo que se refiere al conocimiento de la organización territorial y normativa autonómica.

El artículo 17 de este real decreto estableció que son méritos específicos los directamente relacionados con las características del puesto de trabajo y funciones correspondientes, que garanticen la idoneidad del candidato para su desempeño, así como la superación de los cursos de formación y perfeccionamiento que determinen las corporaciones locales sobre materias relacionadas con dichas características y funciones. Si la comunidad autónoma considera que los baremos de méritos específicos no son conformes con los principios de objetividad, imparcialidad, mérito y capacidad, podrá requerir o impugnar el acuerdo aprobatorio de los mismos en los términos del artículo 65 de la LRL.

En esta norma se contemplaban también los aspectos relacionados con los requisitos de participación

16. El Tribunal Constitucional, en sentencia 47/1991, de 28 de febrero, a propósito de la exigencia de conocimiento del catalán a los funcionarios de nuevo ingreso, indica:

“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 7.1 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 82/86, fundamento jurídico 3). Además, se trata de un requisito justificado y equitativo también en función de la propia eficacia de la Administración autónoma (artículo 103.1 de la CE), 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.”

A su vez, el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de marzo de 1990, RJ 1889, nos señala:

“Multitud de sentencias de este Tribunal, tales como las de 23 de septiembre de 1986 (Aranzadi 4665), 4 de marzo de 1987 (Aranzadi 1453), 16 de febrero y 18 de mayo de 1988 (Aranzadi 1175 y 4505), 20 de noviembre de 1989 (Aranzadi 8311), entre otras, en las que se viene a manifestar que la valoración como mérito de una lengua específica de una comunidad autónoma no vulnera el principio de igualdad ante la ley, siempre que la prueba de su conocimiento no constituya un ejercicio de carácter eliminatorio para aspirar a la plaza convocada (salvo para aquellas que resulte inexcusable por sus características) ni sea tampoco excesivamente valorado..., cosa que no ocurre al superar una octava parte del total de la puntuación posible.”

17. Téngase en cuenta las peculiaridades del País Vasco –contempladas en la disposición adicional segunda– y la excepcionalidad de Navarra –disposición adicional tercera– de la Ley 7/1985.

18. Véase FRASER, J.M.: *Las entrevistas de selección de personal, qué persona para qué puesto*, Deusto, Bilbao, 1987.

19. La Resolución de 22 de octubre de 1996, de la Dirección General de la Función Pública (BOE núm. 263, de 31 de octubre), da publicidad a la relación individualizada de méritos generales de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

en los concursos, la publicación de las convocatorias,²⁰ la valoración de los méritos y la resolución del concurso –con la especificación de que el tribunal de valoración tendrá una composición mayoritariamente técnica–²¹ y la coordinación y formalización de nombramientos, así como el plazo posesorio y las diligencias de cese y de toma de posesión.

Sobre los baremos de méritos específicos, cuyas reglas generales de determinación se contemplan en el artículo 5 de la mencionada Orden de 10 de agosto de 1994, el Tribunal Supremo, en sendas sentencias de 22 y 23 de mayo de 1995, Aranzadi 5335 y 4285, respectivamente, determina la nulidad por desviación de poder de aquellos baremos aprobados que persiguen seleccionar a un candidato determinado.

No cabe duda de que los baremos específicos²² han constituido una fuente de conflicto, y aunque algunos han llegado a identificar la situación que se produce en ellos con la de la libre designación, lo cierto es que son radicalmente diferentes, dado que los baremos específicos son objeto de un mayor control por los tribunales que lo que sucede con el mero ejercicio de la libre designación –aunque esta última lo sea cada vez más, gracias a una loable corriente jurisprudencial–, pero es que, además, la situación del funcionario que obtiene el puesto de trabajo por concurso de méritos no se identifica en modo algu-

no con el funcionario nombrado por libre designación, que tiene pendiente sobre su cabeza la espada de Damocles del cese y que, por tanto, se encuentra con una menor independencia para el ejercicio de sus funciones.

Hay que tener presente, sobre los baremos específicos, que el artículo 5 de la Orden de 10 de agosto de 1994, ya referenciada, estableció que los informes efectuados por la Dirección General de la Función Pública a consulta de las corporaciones locales sobre adecuación del baremo de méritos específicos de un puesto de trabajo a los principios y criterios indicados tendrán carácter vinculante para la dirección general citada a los efectos prevenidos en el artículo 65.2 de la LRL.

En relación con el concurso unitario, corresponde al MAP efectuarlo supletoriamente, mediante convocatoria anual, para aquellos puestos vacantes que no hubieran sido incluidos en la convocatoria anual de concurso ordinario, matizando a este respecto que las corporaciones locales que lo consideren conveniente podrán utilizar el concurso unitario para la provisión de sus puestos vacantes, mediante comunicación a la Dirección General de la Función Pública. En este caso, las bases son aprobadas por el MAP, en función de los méritos generales, de acuerdo con las comunidades autónomas, respecto al requisito del conocimiento de la lengua propia y de

20. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 26 de abril de 1996, y a propósito de la convocatoria de concurso de traslados de habilitación nacional, de 16 de julio de 1991, analiza la incidencia que tienen las correcciones de errores, a efectos de si se puede entender o no reabierto el plazo para concursar, y señala:

“La apertura de nuevo plazo de solicitudes tiene fundamento respecto de los nuevos puestos y de los solicitantes de aquellos a los que afecta la rectificación de errores, la cual no afecta en ningún sentido a los que en su momento participaron en el concurso solicitando plazas no rectificadas. Acertar lo contrario comportaría una notable inseguridad jurídica y constituiría un fraude de las expectativas de derecho de quienes en tiempo y forma plantearon su participación en el concurso.”

21. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 193/1987, de 9 de diciembre, al analizar el concurso de méritos –en un asunto que hacía referencia a los cuerpos nacionales– señala:

“Y ello porque la autonomía local consiste, fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente, entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política (STC núm. 4/1981, fundamento jurídico 3) (R.T. Const. 4), mientras que la resolución de un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante de funcionarios ha de hacerse de acuerdo con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante a la plaza de que se trate conforme establece el artículo 103.3 de la Constitución. Criterio o juicio de naturaleza política en su caso, técnico en otros, opuestos entre sí, y emitidos por los demás órganos de carácter también diferente: un ente o corporación en el primer caso, una comisión o tribunal, en el segundo.”

22. Entre las conclusiones de la ponencia sobre provisión de puestos de trabajo, que fueron aprobadas por la IV Asamblea Plenaria de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, celebrada en Madrid el día 30 de marzo de 1992, se dice:

“Tercera: Los criterios en que deben basarse los nombramientos serán puramente objetivos, expresados en los correspondientes baremos, integrados por los méritos que acrediten la capacidad y la idoneidad de los concursantes y garanticen la igualdad de los candidatos para el ejercicio de sus funciones.

“Cuarta: Debe impedirse que los baremos específicos sean incorrectamente utilizados por las corporaciones locales para favorecer o asegurar el puesto de determinados funcionarios, a cuyo efecto y en orden a evitar desviaciones del principio de mérito el MAP tiene la obligación constitucional y legal de impugnar los acuerdos de las corporaciones que se separen de la norma.

“Se hace constar que el colegio no consentirá que se legalice la posibilidad de baremos arbitrarios sin que la puntuación por méritos específicos supere el 25% de su puntuación total.

“Quinta: Deben incorporarse al baremo aquellos elementos objetivos que contribuyan a valorar de mejor modo la idoneidad del funcionario para el cargo, elementos que encontrarían su base en el estudio de la tarea desarrollada por cada uno y su capacidad adquirida.

“Sexta: Debe eliminarse de las bases de los concursos la exigencia de un mínimo de las puntuaciones previstas en los baremos.

“Séptima: Los tribunales constituidos en el seno de cada corporación deben integrarse por funcionarios especializados no dependientes de la misma.”

los méritos determinados por éstas, correspondiendo a la dirección general mencionada la resolución del concurso, de acuerdo con la propuesta del tribunal designado por el ministerio.

Finalmente, en este repaso a las normas que regulan la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, mediante concurso de méritos, sistema que constituye el supuesto normal, frente a la excepcionalidad de la provisión por libre designación, hemos de criticar la fugacidad extraordinaria de las normas que rigen en esta materia, que dificultan su asimilación y su aceptación por las corporaciones y los funcionarios afectados, produciéndose cambios que obedecen en ocasiones a la precipitación y que denotan una cierta provisionalidad de este sistema, aunque alguno de ellos haya de enjuiciarse positivamente, como sucede al valorar las peculiaridades lingüísticas –matizando que estas peculiaridades no deben constituir un requisito necesario sino un mérito, siguiendo la doc-

trina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 214/1989– y organizativas de las comunidades autónomas, que precisa, sin embargo, de la impartición de cursos en estas materias para garantizar la igualdad de oportunidades entre los funcionarios de habilitación nacional.

2.3.2. La libre designación

Ya hemos señalado anteriormente que es la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, la que inicia la provisión mediante libre designación²³ para determinados puestos reservados a los cuerpos nacionales.²⁴ Así, la disposición adicional octava, que daba nueva redacción al artículo 99.1 de la LRL, establecía lo siguiente:

“Con carácter excepcional, y en los términos que se determinen reglamentariamente, podrán ser cubiertos mediante el sistema de libre designación con habilitados de carácter nacional, aquellos pues-

23. Entre las conclusiones de la ponencia sobre provisión de puestos de trabajo, que fueron aprobadas por la IV Asamblea Plenaria de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, celebrada en Madrid el día 30 de marzo de 1992, se dice:

“Primera: Se considera un grave error y un daño para la función que realizan los funcionarios de habilitación nacional, la implantación del sistema de libre designación, aunque sea con carácter excepcional, por lo que la Asamblea expresa su total rechazo a esta modalidad para conculcación frontal de principios constitucionales, como el de legalidad (artículo 14 y artículo 23 de la CE). Se insta su inmediata derogación y su impugnación ante el Tribunal Constitucional por los medios directos o indirectos que correspondan. En ningún caso los nombramientos por libre designación deberán llevarse a cabo por las corporaciones locales a las que han de servir los funcionarios y menos aún por sus presidentes pues ello supondría una politización del cargo. Se pone de relieve que cualquier acto que aplique la libre designación será recurrido por este colegio ante los tribunales.

“Segunda: Se considera discriminatorio y humillante que a los funcionarios cesados se les garantice solamente un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación, con olvido del derecho al grado personal y al resto de retribuciones complementarias de los demás funcionarios. Lo que añade otro motivo de inconstitucionalidad, con mantenimiento de las funciones necesarias de Secretaría, Intervención y Tesorería en esa situación.”

24. El catedrático de Derecho Administrativo, don Alejandro Nieto García, en su conferencia pronunciada en la IV Asamblea Plenaria de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, celebrada el 30 de marzo de 1992, en Madrid, transcrita en la revista CUNAL, núm. 569-570, p. 323 y ss., señalaba entre otras cosas lo siguiente:

“¿Por qué, en otras palabras, este empeño en desacreditar a los cuerpos nacionales? Enemigos personales desde luego no hay, pero algo tiene que haber para que desde hace tantos años no transcurra un año sin que aparezca una noticia desagradable, una agresión directamente dirigida contra estos cuerpos.

“Yo creo que para entender esta política oficial, hay que enmarcarla dentro de la política general de desprofesionalización de la

Administración pública. Parece asombroso lo que estoy diciendo. Si leemos las exposiciones de motivos de las leyes y los discursos de nuestros políticos más granados, insisten en que se trata de profesionalizar la Administración pública. La realidad, sin embargo, tal como yo la veo, es muy distinta.

“De veras, se está desprofesionalizando, puesto que ahora quienes administran no son funcionarios profesionales, sino políticos respetables por mil conceptos, pero que, desde luego, como administradores son –la palabra no es valorativa, me limito a constatar– aficionados.

“Y, por lo mismo, estos políticos se rodean de funcionarios lo menos profesionalizados posibles, es decir, funcionarios atraídos o llamados por su fidelidad, no por su profesionalidad. Y no se trata de esto.

“Hay otro factor no menos importante, y es que si los funcionarios de los cuerpos nacionales tienen dos tareas: la de gestión y la de control, he aquí que forma parte de la política estatal general la eliminación de la tarea de control que, hasta ahora, contra viento y marea, están llevando estos funcionarios. No se quiere ningún control y por eso estamos estorbando todos y permítanme que hable en primera persona del plural. Y por si esto fuera poco, he aquí que han emergido nuevos grupos de presión de todo tipo, que van desde la FEMP, tan meritória por mil causas, a los sindicatos. Éstos sí que intervienen, una y otros, intervienen directamente en las negociaciones. No hay una norma que afecte a la función pública que no esté negociada como bien saben, pero negociada por quién, por la federación y por los sindicatos, y en esta negociación entran y la aceptan, y la acogen y la fomentan el ministerio, las corporaciones, todos los poderes públicos, pero en esta negociación no se quiere admitir a los colegios, que en lo que se refiere a normas de funcionarios con habilitación de carácter nacional parecen los más legitimados. Hay que eliminarlos en lo posible, hay que eliminar en lo posible sus funciones, y eliminarlos a ellos, y si no se les puede eliminar, porque de momento están protegidos por una ley, se les quiere domesticar. Y el mejor modo de domesticarlos son medidas como esta disposición adicional [se refiere a la octava de la Ley 31/1991] y como este reglamento [alude al borrador de decreto de provisión de puestos de trabajo].”

tos reservados a ellos de nivel 30 de complemento de destino, en atención al carácter directivo de sus funciones, especial responsabilidad y en función del volumen de población o presupuesto de las entidades locales.

“Las corporaciones locales realizarán la convocatoria de estos puestos con idénticos requisitos de publicidad que los concursos. A los funcionarios que sean cesados en los mismos se les garantizará un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación en la respectiva corporación.”

Posteriormente, para evitar la tacha de inconstitucionalidad para una norma presupuestaria que se ocupaba de un tema netamente extrapresupuestario, la Ley 10/1993, de 21 de abril,²⁵ que modifica el régimen de puestos de trabajo reservados a los cuerpos nacionales, da nueva redacción al apartado 2 del artículo 99 de la LRL, en la forma que se transcribe, aunque hay que decir que esta reforma, según se expresa con una ligereza injustificable en su exposición de motivos, responde a “la necesidad de enmarcar el sistema de libre designación establecido dentro de los límites y garantías exigidos por las peculiaridades de la Administración local”:

“Excepcionalmente, podrán cubrirse por el sistema de libre designación, entre habilitados de carácter nacional de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reservados que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Dicho sistema sólo podrá adoptarse, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman, respecto de los puestos en diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, ayuntamientos, capitales de comunidad autónoma o de provincia y de municipios con población superior a cien mil habitantes, siempre que tengan asignado el nivel 30 de complemento de destino.

“Cuando se trate de puestos de intervención o tesorería, además de los requisitos anteriores, la cuantía mínima habrá de ser superior a tres millones de pesetas. A los funcionarios cesados en los mismos se les garantizará un puesto de trabajo de subescala y categoría en la corporación, que deberá figurar en su relación de puestos de trabajo.

“Las bases de la convocatoria para cubrir estos puestos serán aprobadas por el Pleno de la corporación y contendrán la denominación y requisitos indispensables para desempeñarlos.

“La convocatoria, que se realizará con los requisitos de publicidad de los concursos, y la resolución,

previa constatación de la concurrencia de los requisitos exigidos en la convocatoria, corresponden al presidente de la corporación, quien dará cuenta de esta última al Pleno de la misma.”

Entre la Ley 31/1991 y la Ley 10/1993 existen algunas diferencias que nos interesa remarcar. En este sentido, en la primera de las leyes se posibilitaba de una manera genérica el sistema de libre designación a los puestos de nivel 30 de complemento de destino, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad y en función del volumen de población o presupuesto de las entidades locales, mientras que en la Ley 10/1993 se sigue justificando en esos criterios la opción por el sistema excepcional de la libre designación, pero se concreta el criterio de población en los cien mil habitantes, con lo que se restringe la aplicación de la libre designación. Además, si se trata de puestos de intervención o de tesorería, la cuantía mínima del presupuesto ordinario de la corporación habrá de ser superior a tres millones de pesetas.

Asimismo, se especifica, frente al silencio de la Ley 31/1991, que a los funcionarios cesados se les garantizará un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la corporación, que deberá figurar en la relación de puestos de trabajo –anteriormente sólo se garantizaba un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación en la respectiva corporación–, concretándose también que las bases de la convocatoria para cubrir estos puestos de libre designación serán aprobadas por el Pleno, conteniendo la denominación y requisitos indispensables para desempeñarlos, correspondiendo resolver la convocatoria al presidente, quien dará cuenta de ello al Pleno.

El Real decreto 1732/1994 desarrolla estas previsiones de la Ley 10/1993 en los artículos 27 a 29, ambos inclusive, detallando el procedimiento y aclarando que el funcionario nombrado por libre designación podrá ser cesado discrecionalmente –con la única motivación referida a la competencia para adoptar dicho cese–, y que el puesto que se le garantiza en la corporación tendrá atribuidas funciones de colaboración, apoyo y asistencia jurídica o económica que le atribuya el presidente de la corporación, y que en él se podrá permanecer hasta obtener otro por los procedimientos establecidos en el citado real decreto. Como sabemos, este aspecto fue objeto de una cierta mejora por el Real decreto 834/2003, al que antes nos hemos referido.

25. El editorial de CUNAL, núm. 581, de mayo de 1993, denuncia las omisiones procedimentales de esta ley, manteniendo que las modificaciones introducidas en el Senado obligaban a que el Congreso

hubiera vuelto a conocer el texto correspondiente, tras el trámite de la cámara alta, lo que fue obviado.

El sistema de libre designación en los cuerpos nacionales ha sido objeto de tratamiento en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1996, Aranzadi 2769, en la que se estudiaba el recurso interpuesto por la representación del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, frente al Real decreto 731/1993 y la Orden de 14 de mayo de 1993, en la parte referida a la libre designación, planteándose una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 99.2 de la LRL, por supuesta vulneración de los artículos 14 y 23 de la Constitución. El Tribunal Supremo rechaza el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, referida a posible vulneración del artículo 14 de la CE, al estimar que la Ley ha tenido en cuenta no sólo el carácter directivo de la función, sino también la especial responsabilidad que entiende es más acentuada en las corporaciones locales de mayor importancia administrativa o con población superior a cien mil habitantes o en las que además el presupuesto ordinario excede de tres mil millones de pesetas y, asimismo, se pronuncia por la improcedencia de ese planteamiento de inconstitucionalidad, en lo que afectaba al artículo 23 de la CE, por considerar que no se proyecta con la misma intensidad el derecho de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos y la provisión de puestos de trabajo, puesto que tales derechos y principios ya fueron respetados en el momento de acceso a la función pública, por lo que pueden tenerse en cuenta para la provisión de puestos otros criterios distintos en atención a la mayor eficacia en la organización de los servicios. Dice también el Tribunal Supremo en esta sentencia que:

“Por otro lado, como señala el Abogado del Estado, la eventualidad de un conflicto con la autoridad que lo designó no puede impedir al funcionario el cumplimiento de su deber, ni el hacerlo así debe determinar su cese, que incurriría en arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución.”

La verdad es que, superada la primera fase de perplejidad, hemos de disentir de razonamientos del Tribunal Supremo como los que acabamos de exponer, lamentando que argumentos tan peregrinos puedan cohonestarse con una lectura incluso superficial de nuestra Constitución de 1978. En efecto, resulta increíble que se quiera justificar la opción por la libre designación en atención al carácter directivo de las funciones o a la especial responsabilidad que asumen determinados componentes de la habilitación nacio-

nal –los puestos de Secretaría, con nivel 30 y población superior a cien mil habitantes, o los de Intervención de acuerdo con unas determinadas características.

Frente a ello, hay que argumentar que la cifra de población no es el dato que avala el nivel directivo o de responsabilidad de un puesto de trabajo y así sucede con la habilitación nacional, cabiendo decir, incluso, que podría mantenerse el criterio contrario sin necesidad de esfuerzos dialécticos importantes, ya que, por ejemplo, el secretario de una pequeña población, que recordemos constituye más del 85% del total de los municipios españoles, asume una indudable especial responsabilidad habitualmente en los diferentes sectores en los que debe intervenir su ayuntamiento –incluso con relevancia penal: urbanismo, ordenación del territorio, medio ambiente, patrimonio, ámbito documental (ilícito de las falsedades, custodia...), agravada esta responsabilidad por el hecho de ser en la práctica totalidad de los casos el único funcionario cualificado de esa corporación, mientras que en una gran corporación se cuenta en sus diferentes áreas con profesionales y equipos técnicos y jurídico-administrativos, que informan en los respectivos expedientes y que facilitan la tarea de ese secretario. Asimismo, el nivel directivo es más indudable, si cabe, en una pequeña corporación, en la que la propia realidad de las cosas hace que este funcionario deba asumir un protagonismo directivo, que puede no tenerse en las grandes corporaciones.²⁶

Desde esta perspectiva, es interesante traer a colación algunos comentarios vertidos en la ponencia desarrollada en el seminario convocado por ASERLOCAL, sobre “Problemática actual en materia de personal en corporaciones locales”,²⁷ los días 10 y 11 de mayo de 1993 –recogidos en CUNAL, núm. 581, de mayo del citado año–. Allí se indica lo siguiente:

“Realmente es difícil establecer una relación directa: ‘libre designación-autonomía local’. Podría incluso aceptarse que la designación fuera exclusivamente por la entidad local; pero ¿el que sea ‘libre’ y sin sujeción a regla de juego alguna, es sinónimo de profundizar en la autonomía local? Depende, desde luego, de lo que se entiende por ‘autonomía’.

“Un primer argumento fácil sería: si desarrolla la autonomía local, ¿por qué se restringe a unas pocas entidades locales? ¿Es que las demás no son dignas de ese desarrollo en su autonomía?

“Quizás conviniera dejar constancia aquí de lo que entiende el Tribunal Constitucional (sentencia de 2 de febrero de 1981) respecto de la autonomía local:

26. Véase sobre las grandes corporaciones a *Gestión de recursos humanos en grandes corporaciones. Política y gestión de plantillas*, FEMP, Madrid, 1991.

27. Véase en las páginas 219 y siguientes el esquema existente en varios países de la Unión Europea, en la Administración local, en plazas de cometidos similares.

“La autonomía hace referencia a un poder limitado; de aquí que el artículo 137 de la Constitución la circunscriba a la gestión de sus respectivos intereses.

“Estos intereses hay que supeditarlos a otros predominantes: el mérito y capacidad para el acceso a la función pública han de primar según el artículo 103.

“El principio de autonomía es compatible con el control de legalidad.

“La libre designación nada tiene que ver con la autonomía local.”

Es un contrasentido que se haya producido un cierto vaciamiento en el contenido de los puestos de habilitación nacional en las grandes corporaciones y que, por otro lado, se intente justificar su nivel directivo y de responsabilidad en éstas para ejercer la opción de la libre designación, nivel directivo y de responsabilidad que corresponde a todos los funcionarios con habilitación de carácter nacional. Hay que decir las cosas por su nombre: en esta modificación legislativa ha pesado el lobby de las grandes corporaciones y se ha hecho este “arreglo”, carente de toda lógica, y que desconoce la realidad de nuestros ayuntamientos y demás entidades locales, atentando contra la esencia misma de la democracia local, como veremos, y no se ha planteado con carácter de generalidad en el resto de las corporaciones, porque ello supondría desmoronar un pilar clave en la Administración local española, volviendo al siglo XIX en aras de una pretendida y engañosa modernidad.

Asimismo, el Tribunal Supremo da un argumento que no se compadece con nuestra Constitución, cuando opina que para la provisión de puestos de

trabajo pueden tenerse en cuenta otros criterios distintos de los que rigen para el acceso a la función pública, en atención a una mayor eficacia en la organización de los servicios. A esta tesis hay que oponer, simplemente, que sin negar la ritualidad de la libre designación en determinados puestos –secretarías de altos cargos, los niveles directivos que señala la Ley 30/1984 en el Estado o en las comunidades autónomas, o el personal eventual “staff”, meramente de confianza en las entidades locales–, no puede tenerla, sin embargo, desde un punto de vista constitucional, en puestos con el perfil que la legislación básica de régimen local otorga a los reservados a los funcionarios con habilitación de carácter nacional, si realmente se persigue la eficacia de que se habla.

Una vez más, hay que señalar que un secretario tiene entre sus funciones las de asesoramiento de la corporación, además del asesoramiento de la Presidencia, y estamos hablando de un asesoramiento que afecta a toda la corporación,²⁸ que naturalmente incluye a la oposición, situación que no se produce en otras administraciones en las que los cargos de libre designación sólo sirven a la autoridad que los nombra y que, por ende, los puede cesar, y aquí está la clave, a nuestro juicio, del despropósito cometido con la libre designación de determinados puestos reservados a los cuerpos nacionales.

En efecto, la esencia de la democracia local exige que todos los miembros de la misma –aunque en la actualidad, de acuerdo con el TRRL, se requiera la petición de un tercio de miembros de la misma para la emisión de un informe que se desee del secretario o

28. Véase la valiosa idea apuntada –que compartimos– por Rafael NASARRE ALASTRUEY: *El Estatuto de los miembros de las corporaciones locales*, Huesca, 1992, p. 77 y 78, que mantiene lo siguiente al referirse al derecho a obtener información por parte de los miembros de las entidades locales:

“La realidad es que, en las corporaciones con mayoría absoluta, el grupo que gobierna suele tener el criterio de que el personal de la corporación está al servicio de los órganos de gobierno de la entidad, no de los grupos de oposición, y que, por tanto, la solución está en comunicar a los miembros de estos grupos, cuando solicitan información, que los datos están a su disposición en la sección, servicio o dependencia correspondiente, donde pueden pasar a tomar nota de los mismos. Lo cual, como puede deducirse fácilmente, no es lo mismo que dar una fotocopia o una relación de datos entresacada del ordenador.

“A nuestro modo de ver, quienes así actúan confunden la parte con el todo. Confunden presidencia (y comisión de gobierno, en su caso, si tiene delegadas facultades decisorias) con ayuntamiento o diputación, olvidando que existe otro órgano corporativo, también decisorio –el Pleno– que, entre sus atribuciones más importantes, tiene la del control y la fiscalización de los órganos de gobierno.

“¿Y cómo puede realizarse esta facultad o función –de la que luego hablaremos– sin poseer la debida información?

“Somos conscientes de que el indicado error de enfoque parte de la propia redacción de la LBRL, eminentemente presidencialista, atri-

buyendo al presidente –o a la Comisión de Gobierno, en su caso– las funciones de administración y ejecución (en un paralelismo con las funciones del presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros o del presidente de una comunidad autónoma y del Consejo de Gobierno de la misma) y al Pleno las facultades normativas y de control (también con cierto paralelismo con los parlamentos).

“Ahora bien, dejando a un lado el hecho de que ese paralelismo no es, ni mucho menos, exacto, los que así piensan podrían tener razón (cuando dicen que los funcionarios están al servicio de los órganos de gobierno) si estos órganos, como se da en el Gobierno de la nación o en el de una comunidad autónoma, estuvieran separados del citado órgano normativo y de control –el Pleno–, de forma tal que constituyeran instituciones distintas. Lo que no ocurre en el ámbito de la Administración local.”

Desde luego que este planteamiento es perfectamente trasladable a cuanto venimos insistiendo sobre el despropósito que supone la libre designación en los puestos de los funcionarios de habilitación nacional, en las corporaciones locales.

En relación con esta cuestión puede verse la interesante obra de MORELL OCAÑA, L.: *El sistema de la confianza política en la Administración pública*, Civitas, 1004, p. 132-144, y también de este mismo autor, “Tratamiento jurisprudencial de la provisión de puestos de trabajo para funcionarios con habilitación de carácter nacional”, CUNAL, núm. extraordinario, julio de 2007, p. 121.

del interventor—tengan la adecuada confianza en los asesores cualificados que son, en una entidad local, el secretario o el interventor y que objetivamente se den las condiciones precisas para ello, en sintonía con lo que establece el artículo 103.3 de la CE *in fine* al determinar que en materia de funcionarios la Ley regulará las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones—del que es trasunto el antiguo artículo 92 de la LRL, y hoy la disposición adicional segunda del EBEP.

Aquí hay que recordarle al Tribunal Supremo que no se refiere la Constitución únicamente al acceso a la función pública, en este punto, sino al ejercicio de las respectivas funciones una vez ingresado en la Administración, y no hace falta ser clarividente para pronosticar que el papel del secretario o del interventor nombrado por libre designación, y que puede ser igualmente cesado libremente, queda en entredicho frente a la oposición e, incluso, frente al equipo de gobierno, en el que puede haber diferentes formaciones políticas, y a la sociedad misma, devaluándose precisamente su función directiva y de responsabilidad que es en lo que, paradójicamente, se escudó el legislador para abrir la vía de la libre designación.

Hemos de insistir en el error mayúsculo cometido, con la confianza puesta en que las fuerzas políticas reconsideren esta cuestión y la reconduzcan por la senda constitucional, porque también hay que decir que frente a la oposición que el Grupo Popular mostró en su momento en las Cortes Generales,²⁹ es lo cierto que, en su aplicación, alcaldes de unas y otras formaciones la han puesto en práctica, con una malentendida idea de la autonomía municipal, que es de esperar sea cambiada de rumbo en el futuro, con la mirada puesta en el interés general y en la profundización democrática.

La utilización de la libre designación va también en contra de lo que debe ser una carrera administrativa ajena a los vaivenes políticos, en la que hasta ahora se sabía de la importancia de contar en su currículum con determinados cursos, titulaciones, publicaciones, experiencia..., que dejan de tener relevancia en ese sistema excepcional, para pasar a tenerla, en cambio, el hecho de estar en posesión de tal o cual carnet político, o mantener determinadas afinidades

con el presidente de la corporación, en el mejor de los casos. Con ello sale perdiendo la Administración local y la ciudadanía, ganando únicamente quien obtiene por este mecanismo un puesto en una gran corporación, que habrá de procurar desde ese mismo momento la tranquilidad de la autoridad que le nombra y le puede cesar, por la cuenta que le trae.

Mantener otro planteamiento es querer justificar lo injustificable. Como señalaba el editorial de CUNAL, núm. 575, de noviembre de 1992, ¿quién podrá impedir que se argumente, si no se usa el concurso de méritos, que, tal vez, se ha podido llevar a estos supuestos al posible amigo, al afín político, al que más medre, al que pueda ejercer mejor presión o al inquieto trepador?

Porque se vulnera, con la libre designación en la habilitación nacional, el espíritu que se infiere del artículo 103.3 de nuestra carta magna, y por la consideración profundamente democrática que rezuman los artículos 140 y 141 de la misma sobre la Administración local, al ir ese sistema excepcional de provisión contra los principios de impulso de la participación en la vida pública, en este caso con mayor razón al tratarse de los integrantes de la oposición política—siendo interesante, en este sentido, recordar al profesor García de Enterría.³⁰

Desde el punto de vista de la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, que fue ratificada por España el 20 de enero de 1988, hay que recordar que su artículo 6.2 señala:

“El estatuto del personal de las entidades locales debe permitir una selección de calidad, fundamentada en los principios de méritos y capacidad; a este fin, debe reunir condiciones adecuadas de formación, remuneración y perspectivas de carrera.”

Desde luego, con la Ley 10/1993 se produjo de todo menos un aseguramiento de perspectivas de carrera administrativa en la habilitación nacional, siendo un duro golpe en la línea de flotación de la misma, y, al mismo tiempo, esta norma no se inspira en las reformas legislativas que luchan contra la corrupción, sino que favorece el oscurantismo y la desconfianza, saliendo mal parado el interés público.

El propio informe Nolan recomienda que todos los nombramientos públicos se rijan por el principio

29. Pueden verse en CUNAL, núm. 574, p. 516 y ss., la transcripción de las intervenciones de los representantes de los grupos Popular, Socialista, Mixto, CDS, Izquierda Unida, Parlamentario Vasco y Catalán de Convergència i Unió, a propósito de la Proposición de ley de modificación del artículo 99 de la Ley 7/1985, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, cuya toma en consideración fue rechazada.

30. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La democracia y el lugar de la Ley”, REDA, núm. 92, señala lo siguiente en la página 622:

“Uno de los valores democráticos centrales, como el constitucionalista americano John Ely ha subrayado de manera brillante, es mantener constantemente abierto el proceso de renovación de los dirigentes. De ahí la necesidad absoluta de protección de las minorías políticas, de mantener abiertos constantemente los canales del cambio político, de prever el retorno mañana de los hoy desalojados, puesto que sus intereses forman parte, indudablemente, de los intereses comunes.”

predominante de nombramiento según el mérito, señalando a propósito de la afiliación política de los funcionarios lo siguiente:

“38. No creemos que esto exija [se refiere al compromiso del funcionario con los objetivos de su organismo] que cada miembro de una junta esté personalmente comprometido con una política específica, y aun menos que tengan que compartir las ideas políticas del ministro. Es perfectamente posible ofrecer un servicio de mucha entrega a un organismo por un compromiso con el bien público sin apoyar necesariamente la dirección de una política específica ni una manera concreta de organizar la Administración pública. Un escepticismo razonado dentro de la junta puede añadir calidad a la toma de decisiones y a veces es imprescindible para proteger el interés público.”

Es cierto que el Tribunal Constitucional en la STC 235/2000 abrió el portillo cuando declaró ajustado a la Constitución la provisión excepcional de determinados puestos de trabajo reservados a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, pero al menos hablaba del “historial profesional” de los aspirantes, cosa que no hace el Informe, aunque de qué sirve el mejor historial profesional si se puede designar a otro aspirante con menos méritos. Esta sentencia resolvió el recurso interpuesto por más de cincuenta diputados sobre diversos párrafos del artículo 99 de la LBRL, en la redacción dada por las leyes 31/1991 y 10/1993, afirmando el ajuste a la Constitución del sistema de libre designación en los términos en que está regulado. En concreto, el Tribunal Constitucional declara (fundamentos jurídicos 8 y 9) que no existe vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica (sin perjuicio de eventual uso torticero o de desviación de poder, que podrán ser combatidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa), y entiende adecuado constitucionalmente que el legislador de lo básico pueda introducir junto al sistema de concurso, y en los términos concretamente previstos, el de libre designación “como modo, siquiera excepcional –el tiempo ha demostrado, lamentablemente, que la excepcionalidad se ha convertido en la regla general–, de provisión de determinados puestos de trabajo”.

Acerca de la libre designación, el Tribunal Constitucional, tras afirmar (fundamento jurídico 11) que la Carta Europea de la Autonomía Local reclama el mérito y la capacidad referidos a la selección del personal de las entidades locales, “exigencia que, sin género de duda, resulta respetada con la habilitación de carácter nacional de los funcionarios locales”, olvida incomprensiblemente la conexión de aquellos principios respecto de la provisión de los puestos de trabajo, con una interpretación restrictiva de este tratado internacional, ya que el artículo 6.2 de dicha

Carta liga el Estatuto del personal local a las adecuadas perspectivas de carrera, que son inexistentes, desde el punto de vista del mérito y la capacidad, en el caso de la libre designación.

El intérprete de la Constitución sigue diciendo (fundamento jurídico 12) que “la libre designación no significa sino la mera puesta a disposición del órgano decisor de un cierto margen de valoración a la hora de apreciar las aptitudes de los candidatos para desempeñar un determinado puesto de trabajo”, y que (fundamento jurídico 13) “la confianza que, en este sentido, puede predicarse de la libre designación, en cuanto modo de provisión entre funcionarios de puestos de trabajo, es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos esgrimidos, esto es, en su historial profesional”. Desde esta óptica, parece que tanto las bases como los nombramientos tendrán que hacer mención al historial profesional del candidato finalmente seleccionado, como base para determinar la aptitud profesional para el puesto de que se trate, cosa que no se hace, como todo el mundo sabe.

El Tribunal Constitucional afirmó también (fundamento jurídico 13) que, por lo que se refiere a la modulación o debilitamiento del principio de imparcialidad en su vertiente interna, es decir, el cese discrecional que comporta el sistema de libre designación, el artículo 99 de la LBRL configura ciertas garantías suplementarias “en atención a la importancia de las funciones atribuidas a estos funcionarios”, como son la competencia del Pleno para fijar el sistema de libre designación en la relación de puestos de trabajo y la aprobación de las bases por el Pleno, así como la garantía suplementaria al funcionario cesado libremente de un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la corporación que tendrá asignadas funciones de colaboración, apoyo y asistencia jurídica o económica y que deberá figurar en la correspondiente relación de puestos de trabajo, “lo que constituye una garantía suplementaria para el funcionario que mitiga razonablemente las consecuencias que la pérdida de confianza inherente al cese le pudieran acarrear y, por ende, le colocan en una mejor posición para ejercer sus funciones con la imparcialidad requerida”, y añade (fundamento jurídico 14) que la inamovilidad de residencia queda a salvo al garantizarse al funcionario cesado un puesto de trabajo correspondiente a sus mismas subescala y categoría en la propia corporación, concluyendo que el sistema de libre designación no tiene carácter confiscatorio.

Al menos, queda el consuelo tras esta sentencia de que la inamovilidad de residencia queda recogida como garantía suplementaria y, en consecuencia, la previsión contenida en el artículo 29 del Real decreto

1732/1994, relativa a que el funcionario cesado puede permanecer en el nuevo puesto de colaboración, apoyo y asistencia jurídica o económica hasta obtener otro por los procedimientos establecidos en dicho real decreto, debe entenderse en el sentido de que no está obligado a concursar, ya que de lo contrario se estaría vulnerando la doctrina del Tribunal Constitucional.

La aprobación de las bases para la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, cuando se trata del sistema excepcional de libre designación, ya no corresponde al Pleno. Sin embargo, en aplicación de la literalidad de lo dispuesto en el artículo 99.2 de la LBRL, párrafo cuarto, tras la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, frente a lo que el Tribunal Constitucional consideraba una garantía suplementaria, por la singularidad de estos puestos.

No sirve el argumento del Tribunal Constitucional de que se está pretendiendo con la Ley 10/1993 la adecuación al modelo aplicable en la Administración del Estado, ya que hemos de recordar que cuando se aprobó la Ley 7/1985 ya había sido dictada con anterioridad la Ley 30/1984, sin que entonces se considerara aplicable ese modelo estatal. Todavía se evidencia más el contrasentido de esta Ley 10/1993, si tenemos en cuenta que la Ley 23/1988, de 28 de julio, restringe más el alcance del artículo 20 de la Ley 30/1984, en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al justificarlo “en atención a la naturaleza de sus funciones”.

Desde esta perspectiva, hay que señalar que un secretario tiene entre sus funciones la de asesoramiento de la corporación, además de asesoramiento de la Presidencia, y estamos hablando de un asesoramiento que afecta a toda la corporación, que naturalmente incluye a la oposición, situación que no se produce en otras administraciones en las que los cargos de libre designación sólo sirven a la autoridad que los nombra y que, por ende, los puede cesar, y aquí está la clave, a nuestro juicio, del despropósito cometido con la libre designación de determinados puestos reservados a los funcionarios con habilitación nacional.

En efecto, la esencia de la democracia local exige que todos los miembros de la misma –aunque en la actualidad, de acuerdo con el TRRL, se requiera la petición de un tercio de miembros de la misma para la emisión de un informe que se desee del secretario o del interventor– tengan la adecuada confianza en los asesores cualificados que son, en una entidad local, el secretario o el interventor, y que objetivamente se den las condiciones precisas para ello, en sintonía con lo que establece el artículo 103.3 de la CE *in fine* al determinar que en materia de funcionarios la Ley regulará las garantías para la imparcialidad en el ejer-

cicio de sus funciones –del que fue trasunto el artículo 92 de la LRL y hoy la disposición adicional segunda del EBEP.

La Constitución no se refiere sólo a los principios que rigen el acceso a la función pública, sino al ejercicio de las respectivas funciones una vez ingresado, y puede aventurarse que el papel del secretario o del interventor nombrado por libre designación, y que puede ser igualmente cesado libremente, queda en entredicho frente a la oposición e, incluso, frente al equipo de gobierno, en el que puede haber diferentes formaciones políticas, devaluándose precisamente su función directiva y de responsabilidad, que es en lo que, paradójicamente, se escudó el legislador para abrir la vía de la libre designación.

La utilización de la libre designación va también en contra de una carrera administrativa ajena a los vaivenes políticos, en la que hasta ahora se sabía de la importancia de contar en su currículum con determinados cursos, titulaciones, publicaciones, experiencia..., que dejan de tener relevancia en ese sistema excepcional, para pasar a tenerla, en cambio, el hecho de estar en posesión de tal o cual carné político, o mantener determinadas afinidades con el presidente de la corporación, en el mejor de los casos. Con ello sale perdiendo la Administración local y la ciudadanía, ganando únicamente quien obtiene por este mecanismo un puesto, que habrá de procurar, en consecuencia, desde ese mismo momento la tranquilidad de la autoridad que le nombra y que le puede cesar libremente.

Con la libre designación en la habilitación nacional, no se respeta el espíritu que se infiere del artículo 103.3 de nuestra carta magna, y de la consideración profundamente democrática que rezuman los artículos 140 y 141 de la misma sobre la Administración local, y el artículo 99.2 de la LBRL, al propiciar la libre designación en los términos expuestos, no se inspira en las reformas legislativas que luchan contra la corrupción, sino que por el contrario favorece el oscurantismo y la desconfianza, saliendo mal parado el interés público y, por ello, la propia ciudadanía.

3. El camino hacia el Estatuto básico del empleado público: el *Libro blanco para la reforma del gobierno local* y el informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público

El artículo 103.1 de la Constitución española dibuja una administración pública orientada al servicio objetivo de los intereses generales, y, por ende, no partidista, cuyos principios de actuación han de ser los de eficacia, jerarquía, descentralización y desconcentración, sometida al imperio de la Ley y del

Derecho. Nótese que no se contraponen, pues, legalidad y eficacia, sino que dentro del sometimiento pleno a la Ley es donde ha de alcanzarse verdaderamente la eficacia que demandan los ciudadanos.

Este mismo precepto, en su apartado 3, dispone que la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Este precepto guarda íntima conexión con el artículo 23.2 de la CE, que proclama el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, y, en consecuencia, con el artículo 14 de la CE, que ampara la igualdad jurídica y proscribire las discriminaciones.

De esta forma, queda caracterizada la función pública española profesional –incluida por tanto la de las diferentes entidades locales–, y, al mismo tiempo, enmarcadas las diferentes opciones del legislador en esta materia –del estatal, al aprobar las bases en esta materia, y del autonómico al desarrollarla–. Unas dudas nos surgen, sin embargo, ya que cuando se afirma que deben regir la igualdad, el mérito y la capacidad para el acceso a la función pública: ¿Se están excluyendo dichos principios para la provisión de puestos de trabajo? O, ¿qué sucede con el llamado personal eventual, que supone la negación de dichos principios constitucionales? A estos interrogantes nos referiremos más adelante.

La Orden APU/2648/2004, de 27 de julio, por la que se constituye la Comisión para la Elaboración del Libro Blanco sobre la Reforma del Gobierno Local (BOE núm. 187, de 4 de agosto de 2004), contempla entre sus previsiones la rendición por dicha Comisión de un primer borrador de *Libro blanco* en el plazo máximo de cinco meses desde su sesión de constitución, y que se sometería a continuación a un proceso de consulta a las fuerzas políticas parlamentarias, las asociaciones y federaciones de entidades locales de ámbito nacional y autonómico, las comunidades autónomas y el Consejo de Europa, por un plazo de tres meses. Posteriormente, la Comisión debería incorporar al *Libro blanco* las modificaciones oportunas, como consecuencia de dichas consultas y elevar el texto final al ministro de Administraciones Públicas, en un plazo máximo de un mes. Se preveía que el *Libro blanco*, con los documentos en los que se reflejen todas las consultas efectuadas, sería remitido por el ministro a la Comisión de Entidades Locales del Senado, para ser objeto de debate, de

forma que pudiera ser elaborado el Proyecto de la nueva Ley de bases del gobierno y administración.

Pues bien, el propio enunciado de la Orden de 27 de julio de 2004, por la que se constituye la Comisión para la Elaboración del Libro Blanco sobre la Reforma del Gobierno Local, es indicativo de que en el actual contexto se pretende poner el acento sobre el aspecto constituido por el gobierno local, omitiendo deliberadamente la mención de otro de los pilares del régimen local, es decir, la Administración local, mientras que la Constitución española, como sabemos, al referirse a las entidades locales con autonomía institucionalmente garantizada, habla, sin embargo, de *gobierno y administración*. Es cierto, también, que en el texto de la referida orden ministerial se deja sentado que la meta del proceso iniciado es la nueva Ley de bases del gobierno y la administración local, pero el *punctum saliens* de la reforma que se pretende poner en marcha ahora viene constituido por la naturaleza esencialmente política de las entidades locales. La Comisión deja clara esta idea al señalar que:³¹

“El gobierno local no puede limitarse a gestionar servicios, a hacer de administración pública. Los gobernantes han de poder ser también constructores de consensos y de complicidades sociales, han de poder comprometer e implicar a sus ciudades y pueblos en la definición y consecución de objetivos colectivos.”

Por otro lado, se trata de justificar la necesidad de los cambios en el régimen local español sobre la base del giro copernicano producido en las “agendas locales” en los últimos veinticinco años, que impulsan a modificar la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, por haber resultado manifiestamente insuficientes las reformas que tuvieron lugar en el marco del llamado Pacto Local, en 1999, y, más recientemente, con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que anunciaba ya en su propia exposición de motivos que “el objetivo último debía ser la elaboración de una nueva Ley de bases de la administración local, que constituya un instrumento adecuado para que nuestros gobiernos locales afronten los complejos retos que les presentan los albores del siglo XXI”.

Los redactores del *Libro blanco para la reforma del gobierno local* reconocen la limitación de partida sobre el alcance de sus propuestas a formular sobre el empleo, ya que se remiten a la constitución de una comisión específica para elaborar el borrador del Estatuto básico del personal al servicio de las administraciones públicas.

31. Página 40 del *Libro blanco*.

En el *Libro blanco*, la Comisión cree conveniente la creación de una escala de administradores locales como punto de encuentro entre los habilitados nacionales y los funcionarios propios –página 126–. Se trata de definir la función directiva y describe su cercanía a la naturaleza política. Cree 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”. 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.

Finalmente, la Comisión no muestra un tratamiento³² claro respecto de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, afirmando sobre ellos (páginas 123-124) que “es necesario abordar el papel que dentro del modelo de Administración descentralizada, eficaz y participativa puedan desarrollar”.

En cuanto al futuro estatuto de los funcionarios, la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituye la comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público (BOE núm. 228, de 21 de septiembre de 2004), señala que el grupo de trabajo creado al efecto tiene como objeto el estudio y el diagnóstico sobre la situación del empleado público, así como sobre las alternativas normativas idóneas para la elaboración de un borrador del futuro Estatuto básico, debiendo rendir un informe al ministro de Administraciones Públicas, en el plazo de seis meses desde su constitución, que se ha hecho público con fecha 25 de abril de 2005.

La lectura del amplio informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005, que tiene aspectos en los que sí se perciben avances significativos y necesarios en el marco jurídico de la función pública –pasados ya más de veinte años desde la reforma de 1984–, provoca sin embargo una sensación de haberse quedado a medio camino en muchas de las cuestiones esenciales que giran en torno a los funcionarios públicos y de no saber realmente si se está profundizando en el modelo constitucional español o se está propiciando un retroceso en el mismo, como vamos a tratar de exponer, haciendo

abstracción en este trabajo del personal laboral al servicio de las administraciones públicas, y sin perjuicio de que también hagamos mención al mismo, de un modo tangencial.

Las peculiaridades de los empleados de la Administración local, que cuenta casi con el 25 por ciento del total de los empleados públicos de nuestro país, son abordadas en las páginas 35 y siguientes, y denuncia la Comisión que hasta ahora la legislación –estatal o autonómica– no ha tenido demasiado en cuenta las necesidades y la singularidad de esta esfera de la Administración, y que se ha generado una relativa inseguridad jurídica sobre la legislación aplicable.

Los funcionarios de Administración local, hasta entonces denominados con habilitación de carácter nacional, aparecen singularizados en el Informe y, al respecto, dice la Comisión:³³

“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.”

Desde estas premisas, a la hora de formular su propuesta sobre el empleo público local, la Comisión entiende que ha de haber una mayor interiorización autonómica del empleo público local –a través de la legislación de desarrollo–, que no ha de impedir el despliegue de la autonomía local, y que es necesario aplicar el mismo régimen de garantías de cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, así como reforzar las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones de los empleados locales y, muy en especial, de los funcionarios que tienen a su cargo las funciones de control interno y de asesoramiento preceptivo.

La Comisión podía haber sido más contundente, tras reconocer la validez del modelo de habilitación nacional y de reforzar la imparcialidad de estos funcionarios, máxime cuando el Tribunal Constitucional ha afirmado que se trata de “funciones de clara relevancia constitucional, en cuanto mediante su desem-

32. RAMÍO MATAS, C.: *Propuesta de Plan director profesional de los funcionarios con habilitación nacional ante la reforma del gobierno local en España*, versión de 18 de febrero de 2005, sostiene, p. 3, que “el tono claramente beligerante con la posición y situación de los

habilitados nacionales es un indicador de una falta de neutralidad y visión profesional y desapasionada con relación a este sector profesional”.

33. Ídem, p. 37.

peño se aspira y trata de conseguir la satisfacción de los principios de eficacia y legalidad en la actuación de las administraciones locales” (STC 76/2003). Como también ha dicho el propio Tribunal Constitucional, “ese carácter básico [de las funciones reservadas] al servicio de garantizar de manera generalizada en todas las administraciones locales el correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local y, más aún, autonómico, justifica asimismo que el Estado asuma, con plenitud de facultades, la fijación de los correspondientes programas de selección y formación de los funcionarios habilitados” (STC 214/1989).

4. La regulación contenida en la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público

Desde la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, hasta llegar a la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, en materia de funcionarios con habilitación de carácter nacional, hoy denominados funcionarios con habilitación de carácter estatal, el balance se decanta claramente hacia el caciquismo, hacia el *spoils system*, que pudo alcanzar mayores cotas si hubiera prosperado la propuesta que contenía el proyecto del EBEP, que determinaba la posibilidad de la provisión mediante libre designación de los puestos reservados, en el conjunto de las subescalas, incluida por tanto la subescala de Secretaría-Intervención, en función de las previsiones que se contuvieran al respecto en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo. Finalmente, debido a la repercusión mediática³⁴ alcanzada, se dejó afortunadamente sin efecto. A este respecto, Capel³⁵ señaló:

“La discusión que hoy existe en el Senado sobre el Estatuto básico del empleado público debate la posibilidad de que ‘los secretarios, interventores y tesoreros de Administración local que actualmente ejer-

cen los controles de legalidad y económico-financiero en todos los ayuntamientos puedan ser nombrados y cesados libremente por los alcaldes’, lo que representa una amenaza a la independencia y la estabilidad del empleo de estos funcionarios y los deja en manos de los poderes locales, con el riesgo de que se valore más la fidelidad política que la profesionalidad y la preparación técnica. Las amenazas a los secretarios reflejan el proceso de desregulación de la función pública y representan un retroceso. De tener éxito, podrían dejar al secretario dependiente de la corporación municipal, de las vicisitudes de las luchas de las facciones locales y, seguramente, debilitarían su independencia.”

Los funcionarios con habilitación de carácter estatal son regulados, ahora, en la disposición adicional segunda del EBEP,³⁶ 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.

Téngase presente, en este sentido, que la disposición adicional novena de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo –hoy el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo–, introduce una nueva disposición adicional decimoquinta en la LRL, sobre régimen de incompatibilidades y declaración de actividades y bienes de los directivos locales y otro personal al servicio de las entidades locales, cuyo apartado 2 establece que el régimen previsto en el artículo 75.7 de la LRL será de aplicación al personal directivo local y a los funcionarios de las corporaciones locales³⁷ con habilitación de carácter estatal que, conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la disposición adicional segunda del EBEP, desempeñen en las entidades locales pue-

34. Téngase en cuenta, en este sentido, el manifiesto de COSITAL: “Un paso más en el debilitamiento de los controles de los ayuntamientos”, *El País*, 15 y 18 de marzo de 2007.

35. CAPEL, H.: Prólogo en Toscas Santamans, E. (2008): *Secretarios municipales y construcción del Estado liberal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 23.

36. Téngase presente la disposición adicional novena de la vigente Ley de suelo –hoy Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de 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 pro-

vistos mediante libre designación, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.

37. Sorprende que sin haber transcurrido dos meses desde la entrada en vigor del EBEP se vuelva a cambiar la denominación a estos funcionarios incluyendo la expresión “corporaciones locales”, cosa que había omitido el citado Estatuto básico del empleado público, al margen de que también resulta chocante que se siga ligando el sistema de provisión de puestos mediante libre designación al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman, cuando en la legislación básica de función pública a la que se remite la disposición adicional segunda del EBEP, en concreto su artículo 80, sólo justifica la libre designación sobre la base de la especial responsabilidad y confianza, pero no por su carácter directivo.

tos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman. Esta apelación al carácter directivo estaba presente en el derogado artículo 99.1 de la LRL, pero con lo dispuesto además en el artículo 80 del EBEP había que entender que sólo era posible la libre designación, atendiendo a la especial responsabilidad y a la confianza. Nuevamente, la provisionalidad de las normas hace que, incomprensiblemente, resurja la llamada al carácter directivo.

Según la disposición adicional segunda del EBEP, son funciones públicas en las corporaciones locales, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería. No parece muy acertada la inclusión en esta disposición que se refiere específicamente a los habilitados estatales la mención a las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, y que encajaba adecuadamente de una manera sistemática en el derogado artículo 92 de la LRL, que, por cierto, añadía, “y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

La estructuración de la escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal –junto con sus subescalas y categorías– no sufre cambios respecto del modelo anterior, y, por otro lado, la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo corresponde a cada comunidad autónoma, *de acuerdo con los criterios básicos que se establezcan por ley* –la cursiva es nuestra–. Puede plantear problemas, no obstante, la ausencia de la previsión que contenía anteriormente el derogado artículo 99 de la LRL, en su apartado 4, respecto a la posibilidad excepcional, en las pequeñas corporaciones, de atribuir los cometidos de contabilidad, tesorería y recaudación a un

miembro de la corporación o a un funcionario de la misma, carente de la habilitación.

Con el EBEP se ha producido una mayor interiorización autonómica³⁸ de los funcionarios con habilitación de carácter estatal. Entre las novedades a destacar se encuentra que la convocatoria de la oferta de 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, de acuerdo con la normativa estatal,³⁹ en concreto *conforme a los títulos académicos requeridos y programas mínimos aprobados reglamentariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas* –la cursiva es nuestra.

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*,⁴⁰ 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 continúa siendo el sistema normal de provisión definitiva de puestos de trabajo en esta escala. En el concurso ordinario, cuyo ámbito territorial será ahora el de las diferentes comunidades autónomas, éstas regularán⁴¹ 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–, y esto supone, pues, una diferencia sustancial respecto del modelo anterior de la habilitación nacional, en donde se podrá apreciar, con toda seguridad, caminos dispares en función de la comunidad autónoma de que se trate.

38. Téngase en cuenta la disposición adicional tercera, apartado 2, respecto de las competencias de Navarra y el País Vasco.

39. La Orden APU/450/2008 aprueba los títulos académicos y programas mínimos requeridos para el acceso a las subescalas en que se estructura la escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal (BOE núm. 48, de 25 de febrero).

40. Por Resolución de 10 de septiembre de 2008, de la Dirección General de Cooperación Local del MAP (BOE núm. 236, de 30 de septiembre), se da publicidad, en desarrollo de las respectivas ofertas de empleo público, a las convocatorias de pruebas selectivas, a través del sistema de oposición libre, para el acceso a la subescala de Secretaría-Intervención, convocatorias que afectan a las comunidades autónomas de Andalucía (55 plazas), Aragón (15 plazas), Castilla-La Mancha (24 plazas), y Castilla y León (40 plazas).

41. Por Resolución de 20 de mayo de 2008, de la Dirección General de Cooperación Local del MAP (BOE núm. 136, de 5 de junio), se da publicidad a las bases de concurso ordinario y convocatorias específicas para la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal, explicándose en su introducción que la actuación ministerial se produce ante la falta de regulación de las bases comunes del concurso ordinario y de los porcentajes de méritos por algunas comunidades autónomas, y a fin de evitar los perjuicios que supondría para las corporaciones locales –aunque no lo dice, también para los funcionarios afectados– la ausencia de convocatoria del concurso ordinario para 2008, previa petición de las propias corporaciones locales.

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, en función de los méritos generales y los de valoración autonómica y de acuerdo con lo establecido por las comunidades autónomas respecto del requisito de la lengua, de conformidad con los criterios que establezca reglamentariamente el Ministerio de Administraciones Públicas.

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 trabajo. 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 –ante el eco habido en la opinión pública– 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 loca-

les que no se hallan comprendidas en dicho precepto,⁴² excepción hecha de las diputaciones, cabildos y consejos insulares, no podrán utilizar el sistema excepcional de provisión mediante libre designación⁴³ 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 locales⁴⁴ –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 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,⁴⁵ 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.

42. El artículo 121 de la LRL dispone que el régimen de organización de los municipios de gran población se aplica en todo caso a los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes y a los municipios capitales de provincia cuya población supere los 175.000 habitantes, pudiendo aplicarse a los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas y a los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales, precisando en estos casos la decisión de las asambleas legislativas autonómicas correspondientes, a iniciativa de los respectivos ayuntamientos.

43. 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.

44. 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 –p. 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.

45. MORELL OCAÑA, L.: *El sistema de la confianza política en la Administración pública*, Civitas, Madrid, 1994, p. 29.

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.

En cuanto a los sistemas de provisión temporal, el EBEP precisa que las comunidades autónomas efectuarán, de acuerdo con su normativa, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter estatal, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental –este último tipo de nombramientos supone una novedad respecto de la normativa anterior, contenida transitoriamente en el Real decreto 1732/1994, ya citado–, en que correspondía a la propia corporación local, sin intervención autonómica.

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 casos en 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, muestra también de la clara interiorización autonómica de estos funcionarios es que la disposición adicional segunda establece que los funcionarios con habilitación de carácter estatal se registrarán –precisión que, curiosamente, no se hace respecto de los funcionarios propios de las corporaciones locales– por los sistemas de acceso, carrera, provisión de puestos de trabajo y agrupación de funcionarios aplicables en su correspondiente comunidad autónoma, respetando lo establecido en el propio EBEP.

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 registrarán 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 de 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?

En suma, las comunidades autónomas, en la clara interiorización autonómica que lleva a cabo el EBEP, respecto de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, están llamadas a desarrollar los instrumentos normativos que se anuncian por esta nueva normativa básica. En este sentido, además de las ofertas de empleo ya aprobadas por algunas comunidades autónomas, o de las convocatorias para el acceso a la subescala de Secretaría-Intervención, a que antes se ha aludido, la Generalitat de Cataluña, por el Decreto 195/2008, de 7 de octubre (DOGC, correspondiente al día 9 de octubre de 2008), ha regulado ya determinados aspectos del régimen jurídico de estos funcionarios, y otras, como sucede con la Comunidad Autónoma de Aragón, cuentan también con borradores de futuras normas reglamentarias en esta materia.

No se ocultan, sin embargo, las dificultades del nuevo sistema regulado por el EBEP, y la necesidad de coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas, que se verán agravadas por los diferentes

techos competenciales reflejados en los estatutos de autonomía, ya que en el caso de Andalucía, Aragón y Cataluña, se ha producido un claro blindaje respecto de la normativa del Estado que no tenga carácter básico y rango de ley, en particular sobre la materia de empleo público de las entidades locales, de la que devendrá, a buen seguro, y frente a la opinión de quienes rechazamos la asimetría de la normativa básica,⁴⁶ en diferencias sustanciales en el régimen jurídico aplicable a estos funcionarios según se trate de unas comunidades autónomas u otras.

Por otro lado, la interiorización autonómica pone en cuestión el carácter estatal de esta escala funcional, y su complejo modelo de gestión, que puede peligrar si pensamos en su carrera profesional y en la ausencia de un modelo único para el conjunto del Estado, como sucede, por ejemplo, en la materia de carrera profesional y derechos económicos, ya que son posibles las diferencias insalvables respecto de los niveles de complemento de destino (que en unas comunidades autónomas tendrán distinta concepción y denominación –jerarquías, grados, escalones...–), pero también en materia de situaciones administrativas, promoción interna...

Recientemente, autores como Toscas⁴⁷ ponen de manifiesto que, a semejanza de la situación italiana, las nuevas normas sobre los secretarios de los ayuntamientos introducidas especialmente desde la década de los años 90 del pasado siglo se enmarcan en un proceso de desregulación de la función pública y suponen un claro regreso al siglo XIX. En este proceso el Estado está perdiendo competencias a favor de los dos niveles de gobierno situados inmediatamente por encima y por debajo del mismo: Europa y las regiones –y en menor medida las entidades locales–, de tal forma que si las tendencias más involucionistas de las dos últimas décadas –verdadera cesura histórica– no se frenan, es probable que los secretarios municipales habilitados por el Estado del siglo XX (garantes de los derechos de los ciudadanos frente al caciquismo) pasen a convertirse en el siglo XXI en un “pequeño ejército de burócratas descalzos”, como en el ochocientos, lo que aumentaría la indefensión de la ciudadanía.

Sosa Wagner, bajo el título “Nuevo desalojo del Estado: Secretarios e interventores”, en el diario *El Mundo* de 30 de abril de 2007, sostiene que el EBEP supone “el desapoderamiento práctico del Estado de

su responsabilidad en la selección, formación, disciplina, retribuciones y demás extremos del régimen jurídico de los funcionarios locales. ‘Todo el poder para las comunidades autónomas’ ha sido la consigna que buena parte de los legisladores han convertido en Derecho positivo”.

El EBEP, en efecto, apuesta claramente por la interiorización autonómica, como ya hemos visto, de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, dibujando un camino complejo que quizás acabe desembocando en otro modelo diferente al actual. Pero más allá del nuevo protagonismo de las comunidades autónomas, lo que debe preocupar es si con ello se corre el peligro de que las funciones reservadas, de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, de control y fiscalización de la gestión económico-financiera y presupuestaria, o las de contabilidad, tesorería y recaudación, se presten con las debidas condiciones de independencia, y de que puedan ser ejercidas por los funcionarios con habilitación de carácter estatal de una manera imparcial y objetiva, en beneficio del conjunto de la corporación, no sólo de los equipos de gobierno locales, y, en consecuencia, del conjunto de la sociedad.

La perversión que supone en los regímenes democráticos que quien controla sea libremente nombrado y cesado por el controlado –tentación siempre presente en quienes ostentan el poder– evidencia en el ámbito de las entidades locales una clara crisis del sistema de mérito y capacidad, confundiendo una vez más la autonomía local con una administración instrumentalizada y vicaria, que no se compadece con el mandato de la Constitución española de 1978.

Cuando se retomen los impulsos necesarios para la aprobación de la futura Ley básica de régimen local –se llame de los poderes locales, de los gobiernos locales, del gobierno y de la administración local...– asistiremos a otro momento decisivo en la historia de los vigentes y necesarios cuerpos nacionales, y se pondrá a prueba nuevamente la tensión entre el Estado y las comunidades autónomas, por un lado, y la fuerza del viejo caciquismo local, por otro. Éste será un nuevo test para la democracia local. ■

46. La asimetría autonómica queda patente ya en la propia disposición adicional tercera del EBEP, al contemplar la singular posición del País Vasco y de Navarra, respecto del empleo público y, en particular, de los funcionarios con habilitación de carácter estatal.

47. TOSCAS SANTAMANS, E. (2007): “¿La Administración en manos de los políticos? El manifiesto del COSITAL de marzo de 2007. Un

comentario desde la historia”, *Biblio 3W. Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XII, núm. 714, 30 de marzo de 2007, <http://www.ub.es/geocrit/b3w-714.htm>, y TOSCAS SANTAMANS, E. (2008): *Secretarios municipales y construcción del Estado liberal en España*

Disciplina urbanística. Una visión desde el Derecho Urbanístico Sancionador de Cataluña

1. Planteamiento general en Derecho Urbanístico.
2. La protección de la legalidad urbanística y los actos contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico.
3. Disposiciones generales del procedimiento sancionador urbanístico desde la perspectiva del ordenamiento jurídico urbanístico.
 - 3.1. Concurrencia con el ilícito penal.
 - 3.2. La protección de la legalidad urbanística en caso de obras o actuaciones amparadas en licencia u orden de ejecución.
 - 3.3. Intervención de las administraciones y de los particulares.
 - 3.4. Inspección urbanística.
 - 3.5. Actuaciones previas.
 - 3.6. Procedimiento administrativo sancionador ordinario y abreviado.
 - 3.7. Medidas cautelares.
 - 3.8. Colaboración con el Registro de la Propiedad.
 - 3.9. Caducidad del procedimiento administrativo.
4. Las infracciones urbanísticas.
 - 4.1. Los actos de edificación contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico.
 - 4.2. Los actos de parcelación urbanística, de urbanización, de uso del suelo y el subsuelo contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico.
 - 4.3. La vulneración en cualquier clase de suelo de los parámetros imperativos establecidos por el planeamiento urbanístico relativos a densidad de viviendas, número de establecimientos, techo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las fincas o las parcelas.
 - 4.4. La división o segregación de terrenos.
 - 4.5. Talas o el abatimiento de árboles.
 - 4.6. Incumplimiento del deber de conservación de terrenos, urbanizaciones, edificaciones, rótulos e instalaciones en general.
 - 4.7. Infracción grave: operaciones que tengan por objeto la constitución de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente.
 - 4.8. Otras infracciones leves.
 - 4.9. Especial consideración de la legalización efectiva.
 - 4.10. Especial consideración de la restauración voluntaria de la realidad física o jurídica alterada.
5. Personas responsables a los efectos del régimen sancionador urbanístico.
6. Las sanciones urbanísticas. Su percepción y destino.
7. La graduación de las sanciones.
 - 7.1. Circunstancias que agravan la responsabilidad.
 - 7.2. Circunstancias que atenúan la responsabilidad.
 - 7.3. Circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad.
 - 7.4. La sanción que debe alcanzar la cuantía del beneficio obtenido.
8. Las infracciones conexas.
9. La ejecución de las sanciones urbanísticas.
10. Prescripción de infracciones y sanciones urbanísticas.

Manuel Táboas Bentanachs
*Magistrado de la Sección Tercera de la Sala
de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal
Superior de Justicia de Cataluña*

1. Planteamiento general en Derecho Urbanístico

Este trabajo se dirige sustancialmente a poner de manifiesto el régimen de Derecho Administrativo Sancionador Urbanístico en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Efectivamente, no se va a descubrir la obviedad si ya a las presentes alturas se apunta a algunas deficiencias técnicas que presenta la regulación administrativa sancionadora urbanística que se irán indicando, al punto que tampoco debe sorprender que supuestos típicos desde la perspectiva del Derecho Penal, que alzan la voz como delitos, en sede de Derecho Sancionador Administrativo pudieran simple y llanamente ser considerados como meras infracciones leves y hasta supuestos atípicos.

En todo caso, pese a ser comúnmente admitido, procede advertir la dificultad que va a encontrar el operador jurídico no especializado en la materia urbanística que trate de acercarse a la misma. Efectivamente, la complejidad del caso va a pivotar esencialmente en que no sólo debe atenderse a la legislación estatal, sino muy especialmente a la legislación y reglamentación autonómica correspondiente, ya que una ingente cantidad de conceptos sólo reciben su adecuado y preciso contenido desde esa última perspectiva.

Es más, a todo ello debe añadirse que no puede devaluarse la trascendencia de que nos hallamos ante una ordenación plagada de modificaciones en

cascada –tanto la estatal¹ como la autonómica² que en nada aligeran la labor a realizar.³

Así, en abreviada síntesis y como botón de muestra, desde la perspectiva del ordenamiento estatal, a la fecha de estas notas no debe desconocerse que en la legislación estatal se deja de lado el posicionamiento de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, y se da lugar a la nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, cuya entrada en vigor se establece en el 1 de julio de 2007, y en cuya disposición final segunda se delega en el Gobierno, por un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley, la potestad de dictar un real decreto legislativo que refunda el texto de ésta y los preceptos que quedan vigentes del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, debiendo aclararse, regularizarse y armonizarse la terminología y el contenido dispositivo de éste a los de esta ley. Por consiguiente, en un próximo futuro habrá que tener muy en cuenta esas aclaraciones, regularizaciones y armonizaciones.

Y de la misma forma, desde la perspectiva del ordenamiento urbanístico de la Comunidad Autónoma de Cataluña no debe devaluarse la trascendencia de la Ley 2/2007, de 5 de junio, del *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña*, que dispensa la disposición adicional 2, la disposición transitoria 2 y la disposición final 2 a la materia de Urbanismo, con entrada

1. Así, si se toma como referente la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, para situaciones de Derecho transitorio que deberán desplegar sus efectos durante pronunciado tiempo, deberán tenerse en cuenta sus modificaciones operadas por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; el Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes; la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes; el Real decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del catastro; y la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona.

Y todo ello sin perjuicio de lo resuelto por el Tribunal Constitucional respecto a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, en su sentencia 164/2001, de 11 de julio. E igualmente sin perjuicio de lo resuelto por el Tribunal Constitucional respecto al Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, y a la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, en su sentencia 178/2004, de 21 de octubre.

Y la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo.

2. Si se toma como referente la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, deberá tenerse presente la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibili-

dad territorial y de la autonomía local. Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, finalmente derogada por el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, con sus modificaciones operadas por el Decreto ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística.

3. Y se manifiesta labor nada aligerada especialmente en materia reglamentaria habida cuenta que se tomen los reglamentos estatales o autonómicos. Bien se podrá comprender la tan dificultosa labor de ir precisando la parte subsistente y la parte derogada tácitamente por las regulaciones legales bien estatales bien de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

4. La Ley 2/2007, de 5 de junio, del *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña*, en su disposición adicional 2 establece:

“Disposiciones adicionales.

“[...]”

“Segunda. Publicación de normas urbanísticas.

“1. La Administración de la Generalidad debe publicar en el DOGC las normas urbanísticas de las figuras de planeamiento urbanístico que haya aprobado definitivamente entre la entrada en vigor de la Ley del Estado 7/1985, del 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y la de la Ley 2/2002, del 14 de marzo, de urbanismo, que todavía no hayan sido publicadas y que no hayan sido derogadas. Si las normas urbanísticas han sido objeto de posteriores modificaciones, deben publicarse en el mismo DOGC la versión original y las modificaciones sucesivas, ordenadas por orden cronológico, de mayor a menor antigüedad.

en vigor a 13 de junio de 2007⁴ y, ni más ni menos, el Decreto ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística, con su entrada en vigor el 19 de octubre de 2007, con su relevancia respecto a la regulación reglamentaria preexistente en el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, ya que en su disposición final 1 se autoriza al Gobierno de la Generalidad de Cataluña para adaptar a este decreto ley el desarrollo reglamentario de la Ley de urbanismo de Cataluña.

En todo caso y para efectuar una cita fundamental de la regulación dada por la Comunidad Autónoma de Cataluña a partir de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, debe relacionarse la siguiente normativa:

–Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

–Decreto 166/2002, de 11 de junio, por el que se aprueba la tabla de vigencia de las disposiciones afectadas por la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

–Decreto 287/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento parcial de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

“2. Las normas urbanísticas a las que se refiere el apartado 1 se publican en el DOGC mediante un sistema de reproducción exacta del documento original. Debe insertarse en ambas versiones del DOGC, tanto en la catalana como en la castellana, el edicto por el que se ordene la publicación de las normas urbanísticas, y debe proporcionarse acceso telemático a la versión de las normas en la lengua en la que se redactaron, con la indicación de que las normas urbanísticas serán objeto de posterior traducción a la otra lengua oficial a fin de garantizar los derechos lingüísticos. La publicación de las normas urbanísticas y del citado edicto produce los efectos que determina el apartado 6 de la disposición transitoria octava del Texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, del 26 de julio.

“3. La versión traducida de las normas urbanísticas a que se refiere el apartado 2 debe publicarse en el DOGC. El edicto que ordene su publicación debe incorporar la referencia al DOGC en el que se publicó la versión original de dichas normas.

“4. La publicación de normas urbanísticas que regula la presente disposición adicional no es óbice para que los ayuntamientos puedan publicar las normas urbanísticas de instrumentos de planeamiento urbanístico, al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición transitoria octava del Texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, así como de las obligaciones derivadas de la aplicación de los apartados 1, 2 y 3 de dicha disposición transitoria.”

En su disposición transitoria 2 prescribe:

“Disposiciones transitorias.

“[...]

“Segunda.

“Período transitorio para la edición en soporte papel.

“1. La edición del DOGC en soporte papel seguirá publicándose, con el mismo carácter oficial que la edición digital, hasta la fecha que el Gobierno determine, mediante un acuerdo que deberá publi-

–Decreto 316/2004, de 22 de junio, de modificación del artículo 7 del Decreto 287/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento parcial de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo.

–Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

–Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña.

–Ley 2/2007, de 5 de junio, del *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña*.

–Decreto ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística.

Y todo ello, en cada una de esas normas, con una proliferada existencia de regímenes transitorios farragosos y acentuadamente casuísticos.

Por otra parte, no siendo objeto de este trabajo, y más allá del urbanismo, no debe dejarse de citar desde la perspectiva estatal la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación –con sus modificaciones–, y el Real decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, como desde la perspectiva autonómica la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda.

carse en el DOGC. Esa fecha no puede ser en ningún caso posterior al día 31 de diciembre de 2007.

“2. La edición en soporte papel a la que se refiere el apartado 1 debe tener el mismo contenido y debe publicarse el mismo día que la edición en soporte digital. Sin embargo, las normas urbanísticas a que se refiere la disposición adicional segunda deben publicarse exclusivamente en la edición digital, y la edición en papel únicamente debe incluir el edicto por el que se ordena su publicación.”

Y en su disposición final 2 dispone:

“Disposiciones finales.

“[...]

“Segunda.

“Modificación del Decreto legislativo 1/2005, del 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo.

“Se modifica el apartado 6 de la disposición transitoria octava del Decreto legislativo 1/2005, del 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, que queda redactado de la siguiente forma:

“6. La falta de publicación previa de las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente por la Administración de la Generalidad antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002 no es motivo de nulidad de pleno derecho de las disposiciones y actos de aplicación que se hayan dictado al amparo de su aprobación definitiva, siempre y cuando se haya publicado el anuncio de la aprobación de los mencionados instrumentos. La publicación en el DOGC de las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002 valida la tramitación y la aprobación de las disposiciones y actos de aplicación que se hayan dictado al amparo de su aprobación definitiva y les da plena eficacia desde la fecha de publicación en el DOGC del anuncio de la aprobación definitiva de los mencionados instrumentos.”

2. La protección de la legalidad urbanística y los actos contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico

Si se examina la reacción administrativa impuesta por la legislación urbanística y sus reglamentos contra los actos contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico, deberá reconocerse que, a salvo las vías de depuración de ilícitos penales, se establecen los procedimientos de protección de la legalidad urbanística relativos a las siguientes perspectivas:

- a) La restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado.
- b) La imposición de sanciones.
- c) La determinación de los daños y los perjuicios causados.

Así resulta del artículo 191 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, del siguiente tenor:

“Artículo 191. Procedimientos de protección de la legalidad urbanística.

“1. Todas las acciones o las omisiones que presuntamente comporten vulneración de las determinaciones contenidas en esta ley, en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas urbanísticas municipales, sujetos a sanción de conformidad con lo que establecen esta ley y el reglamento que la despliegue, deben dar lugar a las actuaciones administrativas necesarias para aclarar los hechos y, subsiguientemente, o bien directamente, si no se requiere información previa, a la incoación de un expediente de protección de la legalidad urbanística.

“2. La potestad de protección de la legalidad urbanística es de ejercicio preceptivo. El ejercicio de esta potestad da lugar a la instrucción y la resolución de un procedimiento o de más de uno que tienen por objeto, conjunta o separadamente, la adopción de las medidas siguientes:

- “a) La restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado.
- “b) La imposición de sanciones.
- “c) La determinación de los daños y los perjuicios causados.”

Puestos a dirigir el examen al desarrollo reglamentario de ese precepto, interesa relacionar el artículo 264 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, en los siguientes términos:

“Artículo 264. Disposiciones generales.

“264.1. El ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística debe dar lugar, de acuerdo con lo establecido por el artículo 191.2 de la Ley de urbanismo, a la instrucción y la resolución de un procedimiento o de más de uno que tienen por objeto, conjunta o separadamente, la adopción de las medidas siguientes:

“a) La restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado.

“b) La imposición de sanciones.

“c) La determinación de los daños y los perjuicios causados.

“264.2. La restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado tiene por objeto hacer efectiva la tutela y la protección de la normativa y del planeamiento urbanísticos, adecuando a esta normativa y planeamiento urbanísticos la realidad física o el orden jurídico. En caso de transmisión de fincas, la nueva persona titular se subroga en las obligaciones derivadas de las medidas de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado acordadas por la Administración competente.

“264.3. La restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado, cuando tiene por objeto actos de edificación o de uso del suelo y del subsuelo que se efectúan sin licencia u orden de ejecución, o que no se ajustan a las condiciones que se señalan en ellas, comprende las actuaciones siguientes:

“a) La suspensión de obras y de actuaciones en curso, en su caso.

“b) La determinación del carácter legalizable o no legalizable de las obras o actuaciones, en curso o finalizadas.

“c) La adopción de las medidas necesarias para ajustar la realidad física y el orden jurídico a la normativa y el planeamiento urbanísticos.

“264.4. La Administración competente para ejercer la potestad de protección de la legalidad urbanística debe resolver, en el mismo procedimiento o en procedimientos separados, sobre la restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado, sobre la imposición de las sanciones que procedan y sobre el resarcimiento a la Administración de los daños y perjuicios causados a los bienes e intereses públicos de la Administración, como consecuencia de actuaciones constitutivas de infracción urbanística.”

Llegados a este punto y desde la perspectiva del ordenamiento jurídico urbanístico de Cataluña, no debe sorprender y debe advertirse que la verdadera piedra angular y central del sistema de reacción administrativa es la restauración de la legalidad urbanística, a no dudarlo mucho más allá del régimen administrativo general, como se irá viendo. Y no lo es el Derecho Sancionador Urbanístico, aunque no puede dudarse que el mismo se constituye como una pieza sobrada y decisivamente relevante.

Esa centralidad de la restauración de la legalidad urbanística cabe caracterizarla del siguiente modo:

1. Tradicionalmente, en el Derecho Urbanístico de Cataluña desde la ya lejana Ley 9/1981, de 18 de noviembre, de protección de la legalidad urbanística de

Cataluña –primera ley sobre la materia–,⁵ se ha sostenido que el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística es de ejercicio inexcusable y que en ningún caso podían dejar de adoptarse las correspondientes medidas de reacción.⁶

Actualmente, en la redacción de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, modificada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local, y en el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, respectivamente en sus artículos 191.2, el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística es “de ejercicio preceptivo”.

Dicho en otras palabras, cualquier atisbo de discrecionalidad en el ejercicio de esa potestad aparece descartado y debe actuarse de forma reglada –bien de oficio, bien a instancia de tercero, ya que caso contrario deberá ser la jurisdicción contencioso-administrativa la que ante el ejercicio de las correspondientes acciones actúe debidamente.

2. No resulta en modo alguno baladí, desde la perspectiva subjetiva, dejar la oportuna constancia tanto del expreso y expreso reconocimiento de la tan sen-

tida acción pública urbanística como desde la vertiente que la reacción administrativa no se abandona o ciñe a la Administración municipal, sino que trasciende a la Administración autonómica en los siguientes términos del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 12. Acción pública.

“1. Cualquier ciudadano o ciudadana, en ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo, puede exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contenciosa administrativa el cumplimiento de la legislación y del planeamiento urbanístico, ejercicio que debe ajustarse a lo que establezca la legislación aplicable.

“2. La acción pública a que se refiere el apartado 1, si es motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, se puede ejercer mientras se prolongue la ejecución y, posteriormente, hasta el vencimiento de los plazos de prescripción determinados por los artículos 199 y 219, sin perjuicio de lo que establece el artículo 202.”

“Artículo 192. Órganos competentes y legislación aplicable a los procedimientos de protección de la legalidad urbanística.

5. Igualmente resulta ser de obligada cita el Decreto 308/1982, de 26 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 9/1981, de 18 de noviembre –artículos 1.2 y 33.2–, y el Decreto legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de urbanismo en Cataluña –artículos 245 y 274.

6. A los presentes efectos baste dejar oportuna constancia del apartado II de la exposición de motivos de la referida Ley 9/1981, de 18 de noviembre, de protección de la legalidad urbanística:

“II. Por un lado, nos encontramos ante una extensa gama de promociones urbanísticas, tanto de uso residencial como industrial, que carecen de cobertura legal, como consecuencia de que la simple parcelación del suelo y la implantación en el mismo de unos servicios urbanísticos embrionarios han ido generando unas plusvalías respecto al valor inicial, susceptibles de ser fácilmente apropiadas por los responsables de estas actuaciones.

“El tratamiento de estas urbanizaciones desarrolladas en la clandestinidad o, mejor dicho, en la ilegalidad, comprende dos vertientes simultáneas: por un lado, la aplicación inexcusable de los mecanismos de reacción de la Administración pública enunciados en la Ley del suelo y desarrollados en el Reglamento de disciplina urbanística, y, por otro, la ineludible consideración de su existencia y de la concurrencia de circunstancias objetivas que podrían justificar su integración en el proceso urbano legal, mediante la formulación de una figura de planeamiento donde no exista, o bien mediante la adaptación obligada e, incluso, la revisión de las preexistentes.

“La reacción administrativa reclama de las autoridades, de las locales en primer lugar, una actitud decidida, valiente y, en determinadas circunstancias, arriesgada para afrontar el problema. Con el fin de potenciar y hacer ágil la tarea de los responsables del mantenimiento de la legalidad urbanística, se arbitran en esta ley las medidas oportunas, que son objeto también de un detallado análisis.

“Cabe destacar que el objetivo final que se persigue no es otro que el que la actividad urbanizadora siga el planeamiento y no al revés, para que la previsión origine la racionalidad necesaria en la expansión urbana y se acabe de una vez la búsqueda apresurada de soluciones legales subsiguientes a hechos consumados y desvinculados de toda coherencia. La oportunidad de reconducir hacia la legalidad lo que sea objetivamente legalizable, sin perjuicio de las medidas disciplinarias simultáneas, no puede desaprovecharse. Pero para que así sea es imprescindible evitar, en la medida de lo posible, la aparición de nuevas infracciones y hacer que las que están en curso no sigan expansionándose y desarrollándose, es decir, que no se terminen. Sin la consecución de esta premisa, la Administración no dispondrá de la serenidad necesaria para dar solución a los problemas que la tengan justificadamente, mediante la vía del planeamiento.

“En definitiva, pues, con esta ley se trata de coadyuvar y reforzar la pretensión del legislador de la Ley de reforma de la Ley del suelo, eliminar todo el estímulo a la infracción urbanística, impedir la aparición de ésta en la medida de lo posible, conscientes de que el costo social derivado de la reposición de las cosas en su ser y estado anteriores a la infracción es muy alto.”

Y de la misma forma procede traer a colación sus artículos 1.2 y 23.2:

“Artículo 1.

“[...]

“2. La intervención administrativa en el uso del suelo y en la edificación, las medidas de protección de la legalidad urbanística y las relativas al procedimiento sancionador son de ejercicio inexcusable para conseguir los objetivos enunciados en esta ley.”

“Artículo 23.

“[...]

“2. En ningún caso la Administración puede dejar de adoptar las medidas tendientes a reponer los bienes afectados en el estado anterior a la producción de la situación ilegal.”

"1. La tramitación de los expedientes de protección de la legalidad urbanística debe ajustarse a lo que establece la legislación reguladora del ejercicio de la potestad sancionadora, con las especificidades señaladas por esta ley.

"2. En el caso de que las medidas de restauración y de determinación de daños y perjuicios se adopten mediante procedimientos específicos, éstos deben ajustarse a lo que establece la legislación de procedimiento administrativo común, con las especificidades señaladas por esta ley.

"3. El Departamento de Política Territorial y Obras Públicas ejerce la potestad de protección de la legalidad urbanística con respecto a presuntas infracciones graves y muy graves, en el supuesto de que el órgano municipal competente no incoe el expediente correspondiente dentro de los diez días siguientes a la comunicación previa, o bien, en supuestos de urgencia constatada expresamente en la notificación, dentro de los tres días siguientes. En estos supuestos, la adopción de medidas provisionales corresponde al director o directora general de urbanismo."

3. Objetivamente, la reacción administrativa se potencia mucho más allá y más incisivamente del régimen común administrativo, ya que no cabe devaluar la trascendencia de que la legislación urbanística de Cataluña eleva a la consideración de nulidad de pleno derecho además de los generales previstos en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, los supuestos de los artículos 11 y 202 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, y en materia de anulación temporalmente se apunta no a un plazo de cuatro años de reacción sino de seis años del siguiente modo:

"Artículo 11. Nulidad de las reservas de dispensación.

"Son nulas de pleno derecho las reservas de dispensación contenidas en los planes urbanísticos y las ordenanzas urbanísticas municipales, y también las que concedan las administraciones públicas al margen de estos planes y ordenanzas".

"Artículo 202. Actos nulos.

"1. Son nulos de pleno derecho:

"a) Los actos de parcelación, de urbanización, de edificación y de uso del suelo y del subsuelo que se lleven a cabo sin licencia o sin orden de ejecución en terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes públicas o espacios libres de edificación de carácter público, y también los que se lleven a cabo en terrenos clasificados como suelo no urbanizable en virtud de lo que dispone el artículo 32.a).

"b) Las licencias o las órdenes de ejecución que se otorguen con infracción de las determinaciones de

esta ley, de los planes urbanísticos o de las ordenanzas urbanísticas municipales, respecto a los terrenos a que hace referencia la letra a).

"2. Las medidas reguladas por los artículos 197 a 201 referentes a la adopción de acuerdos de derribo y de revisión son aplicables en los supuestos especificados por el apartado 1, sin limitación de plazo."

4. Respecto a los efectos de la incoación de expedientes de revisión de licencias en las cédulas de habitabilidad y las licencias de primera ocupación, no deja de ser notable la interrelación que se busca con otros títulos administrativos, que pudiendo haber sido más, se concretan del siguiente modo en el artículo 201 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

"Artículo 201. Efectos de la incoación de expedientes de revisión de licencias en las cédulas de habitabilidad y las licencias de primera ocupación.

"1. La suspensión de efectos de licencias otorgadas y la incoación de expedientes de revisión administrativa de éstas comporta la suspensión de la tramitación de las cédulas de habitabilidad y de las licencias de primera ocupación.

"2. La concesión de cédulas de habitabilidad por razón de la primera ocupación de las viviendas y el suministro de servicios para el equipamiento de los edificios deben ajustarse a lo que establece la legislación en materia de vivienda."

5. Y finalmente desde la perspectiva del instituto de la prescripción habida cuenta que la prescripción de infracciones y sanciones urbanísticas se desarrolla en el artículo 219 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña. Así:

"Artículo 219. Prescripción de infracciones y de sanciones urbanísticas.

"1. Las infracciones urbanísticas muy graves prescriben al cabo de seis años, las graves prescriben al cabo de cuatro años y las leves prescriben al cabo de dos años.

"2. El plazo de prescripción fijado por el apartado 1 comienza a contar el día en que se ha cometido la infracción, salvo los casos en que se persista de una manera continuada en la conducta constitutiva de infracción o en los casos en que el hecho único constitutivo de infracción se prolongue en el tiempo. En estos casos el plazo de prescripción se computa a partir de la finalización o el cese de la actividad ilícita.

"3. Las sanciones impuestas por las infracciones urbanísticas prescriben al cabo de tres años si son muy graves, al cabo de dos años si son graves y al cabo de un año si son leves.

"4. Las órdenes de restauración de la realidad física alterada y las obligaciones derivadas de la declara-

ción de indemnización por daños y perjuicios prescriben al cabo de seis años.

“5. Los plazos de prescripción fijados por los apartados 3 y 4 comienzan a contar el día siguiente del día en que alcanza firmeza en vía administrativa la resolución por la que se impone la sanción o la obligación.

“6. Los plazos de prescripción establecidos por los apartados 1 y 4 no son aplicables en los supuestos regulados por el artículo 202.1, que en todos los casos son susceptibles de sanción y de la acción de restauración sin limitación de plazo.

“7. En los supuestos regulados por los artículos 208.1 y 209.1, los plazos de prescripción de la infracción y las reglas de competencia aplicables son los correspondientes a la gravedad de la infracción originaria.”

Pues bien, se mire como se mire, deberá llegarse a la conclusión que para la restauración de la legalidad urbanística, haya prescrito o no la infracción o sanción o se haya podido actuar o no contra el sujeto infractor, el plazo de prescripción de la misma es, en todo caso, de seis años como resulta del artículo ya citado 199 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, al que procede añadir el artículo igualmente citado 219.4, para las órdenes de restauración de la realidad física alterada, del mismo texto legal en los siguientes términos:

“Artículo 199. Prescripción de la acción de restauración.

“La acción para requerir la legalización de las obras o de las actuaciones llevadas a cabo sin licencia, para ajustarlas a la licencia otorgada o para adoptar otras

medidas de restauración, prescribe al cabo de seis años, a contar de acuerdo con lo que dispone el artículo 219, a excepción de los actos nulos de pleno derecho, que restan sujetos a lo que establece el artículo 202.”

“Artículo 219.

“4. Las órdenes de restauración de la realidad física alterada y las obligaciones derivadas de la declaración de indemnización por daños y perjuicios prescriben al cabo de seis años.”

En definitiva y como se apuntaba, la legislación urbanística de Cataluña ha exigido y exige que a pesar de una posible prescripción de sanciones o de una prescripción de infracciones graves o leves –todos esos supuestos con plazos de prescripción inferiores a seis años– o de una inactividad ante las conductas infractoras urbanísticas se mantenga la necesidad de actuar el restablecimiento de la legalidad urbanística y las órdenes de restauración de la realidad física alterada en el nada baladí ni ocioso plazo prescriptivo de seis años en todo caso, desde luego y en su caso, susceptible de interrupción con sus efectos consiguientes.

Finalmente, una última precisión procede añadir e interesa resaltarla debidamente. Efectivamente, el restablecimiento de la legalidad urbanística puede actuarse bien con ocasión y en un procedimiento administrativo sancionador urbanístico, bien con ocasión de los procedimientos de esa naturaleza exclusiva actuando en su caso tan sólo el Derecho Administrativo Sancionador en un procedimiento administrativo de esa naturaleza urbanística. Las líneas que seguirán se ceñirán a la primera perspectiva expuesta.⁷

7. Respecto a los procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística, que no ostentan la naturaleza de Derecho Sancionador, procede relacionar los artículos 197 y 198 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 197. Órdenes de suspensión de obras y requerimientos de legalización.

“1. Si los actos de edificación o de uso del suelo y el subsuelo que especifica el artículo 179 se efectúan sin licencia o sin orden de ejecución o no se ajustan a las condiciones que se señalan, el alcalde o alcaldesa, una vez incoado el expediente de protección de la legalidad urbanística, debe dictar una primera resolución de suspensión provisional e inmediata de estos actos, y debe ratificar o modificar la resolución de suspensión provisional dentro de los quince días posteriores al vencimiento del plazo de audiencia de quince días que se otorga a las personas afectadas al notificarles la primera resolución.

“2. En el caso de ratificación de la resolución de suspensión, o si se acuerda la incoación de un expediente de restauración de la realidad física alterada en relación con obras o actuaciones no autorizadas o no ajustadas a las condiciones señaladas que ya se han ejecutado, se requiere a la persona interesada para que, en el

plazo de dos meses contados desde la notificación correspondiente, solicite la licencia pertinente o, si procede, ajuste las obras a la licencia o a la orden de ejecución, excepto que éstas sean manifiestamente ilegalizables.

“3. La suspensión provisional, en el supuesto de que no se ratifique en el plazo de quince días, resta automáticamente sin efecto, sin perjuicio que la Administración pueda posteriormente dictar una nueva resolución de suspensión.

“4. El director o directora general de urbanismo, en el supuesto de presuntas infracciones graves o muy graves, puede acordar la medida cautelar de suspensión y, si procede, la ratificación ulterior de ésta si, una vez requerido el ayuntamiento a tales efectos, el alcalde o alcaldesa no adopta la medida correspondiente en el plazo que establece el artículo 192.3. Igualmente, el director o directora general de Urbanismo puede requerir a la persona interesada para que legalice las obras ejecutadas sin licencia o sin ajustarse a los términos de ésta si el ayuntamiento no lo hace en los plazos que establece el artículo 192.3.”

“Artículo 198. Restauración de la realidad física alterada.

“1. Una vez transcurrido el plazo de dos meses establecido por el artículo 197 sin que se haya solicitado la licencia correspondiente, o sin que se hayan ajustado las obras o las actuaciones a las con-

3. Disposiciones generales del procedimiento sancionador urbanístico desde la perspectiva del ordenamiento jurídico urbanístico

A salvo, desde luego, las disposiciones generales legales estatales en materia de Derecho Administrativo Sancionador –comprendidas en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común–, procede

diciones señaladas, el ayuntamiento, mediante la resolución del procedimiento de restauración, debe acordar el derribo de las obras, a cargo de la persona interesada, y tiene que impedir definitivamente los usos a que podían dar lugar. Debe proceder de la misma manera si las obras son manifiestamente ilegales o si la licencia se deniega porque la concesión de ésta sería contraria a las prescripciones del ordenamiento urbanístico.

“2. Si, en el supuesto a que se refiere el apartado 1, la persona interesada no ejecuta el acuerdo en el plazo de un mes, el alcalde o alcaldesa puede acordar la ejecución subsidiaria, sin perjuicio de la imposición de multas coercitivas de acuerdo con el artículo 217.

“3. Si, en el supuesto regulado por el apartado 1, no se produce la actuación municipal correspondiente, el director o directora general de Urbanismo, en el caso de presuntas infracciones urbanísticas graves, o el consejero o consejera de Política Territorial y Obras Públicas, en el caso de presuntas infracciones urbanísticas muy graves, una vez hecho el requerimiento pertinente, debe acordar la medida de restauración y, si la persona interesada no la ejecuta en el plazo de un mes, puede acordar la ejecución subsidiaria.”

De la misma forma, procede traer a colación los artículos 267 a 269 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 267. Procedimiento de restauración en caso de obras y actuaciones en curso.

“267.1. Si se están ejecutando obras o efectuando actuaciones sin licencia, sin orden de ejecución, o bien con incumplimiento de las condiciones que se señalan en ellas, el órgano competente, con los correspondientes informes previos de carácter técnico y jurídico, tiene que incoar el procedimiento de protección de la legalidad urbanística y, juntamente, debe dictar una primera resolución de suspensión provisional e inmediata de las citadas obras y actuaciones, que debe ser notificada al presunto infractor o infractora.

“En la notificación a la presunta persona infractora se tiene que señalar motivadamente si las obras o usos pueden ser objeto de un proceso de legalización o si son manifiestamente ilegalizables. En este último caso se tiene que advertir en la notificación de las medidas de restauración susceptibles de ser adoptadas.

“El presunto infractor o infractora dispone de un plazo de audiencia de quince días para formular las alegaciones que considere oportunas, tanto respecto de la suspensión de obras, como en relación con el carácter legalizable o ilegalizable de las obras o usos o con las medidas de restauración susceptibles de ser adoptadas.

“267.2. En el plazo de quince días desde el vencimiento del plazo de audiencia, y atendidas las alegaciones formuladas, si es el caso, el órgano competente debe ratificar o revocar total o parcialmente la primera resolución. La suspensión provisional, si no se ratifica en este plazo de quince días, resta automáticamente sin efecto, de acuerdo con lo que establece el artículo 197.3 de la Ley de urbanismo.

“267.3. En el supuesto de que se ratifique la procedencia de tramitar el procedimiento de protección de la legalidad urbanística, el órgano competente tiene que acordar:

destacar las disposiciones generales autonómicas que dispensa el ordenamiento jurídico urbanístico en las siguientes vertientes:

a) Concurrencia con el ilícito penal.

b) La protección de la legalidad urbanística en caso de obras o actuaciones amparadas en licencia u orden de ejecución.

c) Intervención de las administraciones y de los particulares.

d) Inspección urbanística.

“a) Requerir a la persona interesada para que, en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución, proceda a solicitar la licencia o la modificación de licencia correspondiente.

“b) En el supuesto de que las obras tengan carácter manifiestamente ilegalizable y así hayan sido calificadas por el órgano competente para la incoación del procedimiento, requerir la persona interesada para que ejecute, en el plazo de un mes, las medidas de restauración de la realidad física o jurídica alterada que se establezcan y, en su caso, ajuste su actuación a la licencia u orden de ejecución otorgadas.

“267.4. En el supuesto de que se haya efectuado el requerimiento de legalización previsto en la letra a) del apartado 3 de este artículo, el órgano competente si la persona interesada no solicita la licencia en el plazo establecido o ésta es denegada, tiene que requerirla para que en el plazo de un mes proceda a la restauración de la realidad física o jurídica alterada, mediante la ejecución de las obras o actuaciones que se establezcan. El órgano competente tiene que efectuar este requerimiento en el plazo de un mes desde la fecha en que finalice el plazo para la legalización o desde la fecha de denegación de la licencia.

“267.5. En el caso de que la potestad de protección de la legalidad urbanística sea ejercida por el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, el órgano competente debe comunicar al ayuntamiento correspondiente el requerimiento de legalización efectuado de acuerdo con el apartado 3 de este artículo, y el ayuntamiento debe comunicar al Departamento la resolución de la solicitud de licencia o, en su caso, que ésta no ha sido presentada.

“267.6. Los requerimientos de restauración a los que hacen referencia la letra b) del apartado 3 y el apartado 4 de este artículo tienen que contener la advertencia expresa que, transcurrido el plazo de un mes sin haber procedido a la restauración, el órgano competente procederá a la ejecución forzosa, mediante la imposición de multas coercitivas en los términos del artículo 217.1 de la Ley de urbanismo y el artículo 277 de este Reglamento, o a la ejecución subsidiaria a cargo de la persona interesada.

“267.7. La persona interesada, en el caso de que el plazo de un mes sea insuficiente para cumplir el requerimiento de restauración, puede presentar ante la Administración competente un programa de restauración, en el cual fije el plazo exacto que necesita para el cumplimiento del mencionado requerimiento. El programa de restauración debe ser aprobado por la Administración y, en todo caso, las obras o actuaciones se tienen que iniciar dentro del primer mes otorgado.

“267.8. Transcurrido el plazo de un mes para proceder al cumplimiento del requerimiento de restauración, o el plazo que establezca el programa de restauración, en caso de inactividad de la persona interesada, el órgano competente tiene que acordar la ejecución forzosa, de acuerdo con el apartado 5 de este artículo, que tiene que iniciar en el plazo de un mes.

“267.9. Se pueden aplicar, entre otras medidas que sean adecuadas, las siguientes medidas de restauración de la realidad física o jurídica alterada, según los casos:

- e) Actuaciones previas.
- f) Procedimiento administrativo sancionador ordinario y abreviado.
- g) Medidas cautelares.
- h) Colaboración con el Registro de la Propiedad.
- i) Caducidad del procedimiento administrativo.

3.1. Concurrencia con el ilícito penal

Cuando pueda considerarse que unos hechos puedan ser constitutivos de ilícito penal y se esté tramitando un procedimiento administrativo de protección de la legalidad urbanística⁸ –así en su caso un procedimiento sancionador urbanístico–, a salvo lo dispuesto en el artículo 133⁹ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común–, es el artículo 273 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, el que dispone:

“Artículo 273. Concurrencia con ilícito penal.

“273.1. Si en la tramitación de un procedimiento de protección de la legalidad urbanística se considera que los hechos pueden ser constitutivos de ilícito

“a) Derribo de las obras ilegales.

“b) Replantación de plantas, árboles y arboledas.

“c) Reposición de los terrenos a su estado inicial.

“d) Reconstrucción o ejecución de las obras necesarias para reponer al estado inicial las edificaciones protegidas que hayan sido derribadas, totalmente o parcialmente, de manera ilegal, o que hayan sido objeto de obras también de manera ilegal.

“e) Reconstrucción de partes de edificios, instalaciones y otras construcciones que hayan sido derribadas o modificadas de manera ilegal y sean necesarias para el funcionamiento de los servicios públicos, constituyan partes estructurales de los edificios o garanticen la seguridad de las personas.

“f) Instar la nulidad de las operaciones jurídicas que constituyan parcelación urbanística ilegal.”

“Artículo 268. Procedimiento de restauración en caso de obras o actuaciones ya ejecutadas.

“268.1. El procedimiento de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado se puede incoar siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de seis años desde la finalización de las obras o actuaciones, sin perjuicio de lo que establecen los artículos 202 y 219.6 de la Ley de urbanismo.

“268.2. En el caso de obras o actuaciones sin licencia u orden de ejecución, o sin ajustarse a sus condiciones, ya finalizadas, el órgano municipal competente, una vez incoado el procedimiento de restauración, tiene que acordar, según corresponda y previa audiencia por un plazo mínimo de quince días a la persona interesada, alguno de los requerimientos previstos en las letras a) y b) del apartado 3 del artículo 267 de este Reglamento, y tramitar el procedimiento de acuerdo con lo que establecen los apartados 4 a 9 del mencionado artículo 267 de este Reglamento.”

“Artículo 269. Protección de la legalidad urbanística en caso de obras o actuaciones amparadas en licencia u orden de ejecución.

“269.1. Cuando las obras o actuaciones que presuntamente comporten vulneración de la legalidad urbanística estén amparadas en una licencia u orden de ejecución, la adopción de las medi-

penal, el órgano administrativo competente para resolver el procedimiento debe comunicar los hechos a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal.

“273.2. El instructor o instructora de un procedimiento de protección de la legalidad urbanística tiene que suspender la tramitación administrativa, en cuanto al procedimiento sancionador, hasta que se produzca la resolución del orden penal, en los términos de la normativa reguladora del ejercicio de la potestad sancionadora, una vez que la autoridad judicial ha incoado un proceso penal y en el supuesto de que el instructor o instructora constata la identidad de los hechos, de los sujetos y de los fundamentos.

“273.3. La sustanciación del proceso penal no impide el mantenimiento de las medidas provisionales ya adoptadas, la adopción de otras medidas provisionales, ni la adopción y ejecución de las medidas de restauración de la realidad física alterada o del orden jurídico vulnerado que procedan.”

Dejando de lado otras perspectivas constitucionales y legales más propias de otros trabajos, interesa destacar que en el precepto reglamentario, en su apartado 3, se recoge la tesis jurisprudencial conten-

das de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado, la imposición de sanciones y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, requieren que previamente se anule el acto administrativo que autoriza las obras o actuaciones, de acuerdo con los procedimientos previstos en la legislación aplicable.

“269.2. En caso de revisión de oficio de la licencia u orden de ejecución, si las obras están en curso de ejecución, el órgano competente, simultáneamente a la incoación del procedimiento de revisión, tiene que suspender la ejecutividad del acto administrativo y tiene que ordenar la suspensión inmediata de las obras.

“269.3. Una vez anulada una licencia u orden de ejecución, el órgano competente tiene que adoptar las medidas de restauración correspondientes, entre las que establece el apartado 9 del artículo 267 de este Reglamento, o cualquier otra que sea procedente.”

8. Téngase presente el artículo 191.2 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, respecto a los procedimientos de protección de la legalidad urbanística:

“2. La potestad de protección de la legalidad urbanística es de ejercicio preceptivo. El ejercicio de esta potestad da lugar a la instrucción y la resolución de un procedimiento o de más de uno que tienen por objeto, conjuntamente o separadamente, la adopción de las medidas siguientes:

“a) La restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado.

“b) La imposición de sanciones.

“c) La determinación de los daños y los perjuicios causados.”

9. El artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, dispone:

“Artículo 133. Concurrencia de sanciones.

“No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

cioso-administrativa que tanto tiene que ver en la órbita de los inalienables intereses público-urbanísticos que no pueden quedar esterilizados o negados en materia cautelar de adopción de las medidas cautelares que procediesen¹⁰ –bien en vía administrativa bien en vía contencioso-administrativa– por la prosecución de un proceso penal que desde su perspectiva de depuración de responsabilidades personales penales pudiera no exigir esa adopción de medidas cautelares pero que desde el ámbito objetivo del ordenamiento jurídico urbanístico fuera de necesaria o procedente adopción. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la prioritaria y excluyente competencia de la jurisdicción criminal incluso en esa vertiente cautelar, si es que se adoptan las medidas que procedan, y sin ocultar las dificultades que pueden surgir para asegurar con las correspondientes comunicaciones que esas medidas desde la órbita administrativa no perjudican ni afectan el buen fin de las actuaciones penales en curso.

3.2. La protección de la legalidad urbanística en caso de obras o actuaciones amparadas en licencia u orden de ejecución

Cuando concurra título jurídico suficiente para la realización de las obras por haberse obtenido licencia u orden de ejecución para las mismas en la perspectiva del ordenamiento jurídico urbanístico se hace preciso, en primer lugar, dejar sin efecto esa titulación –especialmente, bien por la vía de los recursos administrativos,¹¹ si se han formulado, bien por las vías de la revisión de oficio.¹² Dejado sin efecto la titulación correspondiente, ningún obstáculo existe para atender a la reacción administrativa de rigor, significativamente la de Derecho Sancionador Urbanístico que proceda.

Así se sienta en los artículos 218 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, y 269 del Decreto 305/2006,

de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 218. Actuaciones constitutivas de infracción al amparo de licencia o de orden de ejecución.

“1. Si las actividades constitutivas de infracción urbanística se hacen al amparo de una licencia o de una orden de ejecución y de acuerdo con sus determinaciones, no se puede imponer ninguna sanción mientras no se anule el acto administrativo que las autoriza. El procedimiento de anulación interrumpe el plazo de prescripción de la infracción cometida.

“2. Si la anulación de una licencia es consecuencia de la anulación del instrumento de planeamiento correspondiente, no se tiene que imponer ninguna sanción a las personas que actúen al amparo de dicha licencia.”

“Artículo 269. Protección de la legalidad urbanística en caso de obras o actuaciones amparadas en licencia u orden de ejecución.

“269.1. Cuando las obras o actuaciones que presuntamente comporten vulneración de la legalidad urbanística estén amparadas en una licencia u orden de ejecución, la adopción de las medidas de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado, la imposición de sanciones y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, requieren que previamente se anule el acto administrativo que autoriza las obras o actuaciones, de acuerdo con los procedimientos previstos en la legislación aplicable.

“269.2. En caso de revisión de oficio de la licencia u orden de ejecución, si las obras están en curso de ejecución, el órgano competente, simultáneamente a la incoación del procedimiento de revisión tiene que suspender la ejecutividad del acto administrativo y tiene que ordenar la suspensión inmediata de las obras.

“269.3. Una vez anulada una licencia u orden de ejecución, el órgano competente tiene que adoptar las medidas de restauración correspondientes, entre las que establece el apartado 9 del artículo 267¹³ de este Reglamento, o cualquier otra que sea procedente.”

10. Téngase presente lo dispuesto en materia de medidas cautelares en los artículos 195 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, y 266 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, sobre los que deberemos volver con posterioridad.

11. Baste remitirse a los artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

12. Baste remitirse a los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

13. El artículo 267.9 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, dispone:

“267.9. Se pueden aplicar, entre otras medidas que sean adecuadas, las siguientes medidas de restauración de la realidad física o jurídica alterada, según los casos:

“a) Derribo de las obras ilegales.

“b) Replantación de plantas, árboles y arboledas.

“c) Reposición de los terrenos a su estado inicial.

“d) Reconstrucción o ejecución de las obras necesarias para reponer al estado inicial las edificaciones protegidas que hayan sido derribadas, totalmente o parcialmente, de manera ilegal, o que hayan sido objeto de obras también de manera ilegal.

“e) Reconstrucción de partes de edificios, instalaciones y otras construcciones que hayan sido derribadas o modificadas de manera ilegal y sean necesarias para el funcionamiento de los servicios públicos, constituyan partes estructurales de los edificios o garanticen la seguridad de las personas.

En todo caso no deja de ser arriesgada la previsión del artículo 218.2 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, si se tiene en cuenta la posible existencia de supuestos en que se hayan desplegado actuaciones inclusive de relevancia penal en sede de planeamiento urbanístico y de licencia urbanística y esa actuación pueda verse favorecida por la aplicación de ese precepto, seguramente previsto para otros supuestos.

3.3. Intervención de las administraciones y de los particulares

–Intervención de las administraciones.

Como anteriormente se ha expuesto, el protagonismo de la Administración autonómica se configura en el artículo 192.3 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, para infracciones graves y muy graves del siguiente modo:

“Artículo 192.

“3. El Departamento de Política Territorial y Obras Públicas ejerce la potestad de protección de la legalidad urbanística con respecto a presuntas infracciones graves y muy graves, en el supuesto de que el órgano municipal competente no incoe el expediente correspondiente dentro de los diez días siguientes a la comunicación previa, o bien, en supuestos de urgencia constatada expresamente en la notificación, dentro de los tres días siguientes. En estos supuestos, la adopción de medidas provisionales corresponde al director o directora general de Urbanismo.”

La competencia en la imposición de sanciones se ordena en el artículo 214 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, del siguiente modo:

“Artículo 214. Órganos competentes.

“1. Los órganos locales competentes para resolver los procedimientos sancionadores, sin perjuicio de lo que establecen los apartados 2 y 3, son los siguientes:

“a) El alcalde o alcaldesa, en el caso de infracciones leves y graves.

“b) El Pleno del ayuntamiento, en el caso de infracciones muy graves.

“2. Si el importe de la multa que contiene la propuesta de resolución de un procedimiento sancionador es superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros, la autoridad competente para resolver el procedimiento es el director o directora general de Urbanismo, con el informe previo de la comisión territorial de urbanismo competente. En el caso de

que la multa sea de un importe superior, la autoridad competente es el consejero o consejera de Política Territorial y Obras Públicas, con el informe previo de la Comisión de Urbanismo de Cataluña.

“3. En el supuesto de que la potestad de protección de la legalidad urbanística, de acuerdo con lo establecido por el artículo 192.3, sea ejercida por el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, la competencia para la resolución del procedimiento sancionador se atribuye según lo que dispone el apartado 2.”

Cuando se dirige la atención al Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, procede significar los dictados de su artículo 274, apartados 2 a 6:

“Artículo 274. Intervención de las administraciones competentes.

“274.2. El Departamento de Política Territorial y Obras Públicas puede ejercer la potestad de protección de la legalidad urbanística, de oficio o a instancia de las personas interesadas, en casos de presuntas infracciones graves o muy graves, previo requerimiento al ayuntamiento, efectuado de acuerdo con lo que establece el apartado 3 de este artículo, y si el ayuntamiento no atiende este requerimiento.

“274.3. En el caso a que se refiere el apartado 2 de este artículo, la intervención del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, ya sea para la incoación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, como para acordar la suspensión provisional de obras y actuaciones, requerir la legalización de las obras o actuaciones o adoptar las medidas de restauración, debe sujetarse al procedimiento siguiente:

“a) El Departamento de Política Territorial y Obras Públicas tiene que remitir un requerimiento previo y motivado al órgano municipal competente, le tiene que enviar una copia de la denuncia o de la documentación que corresponda, y le tiene que otorgar un plazo de diez días para que incoe el correspondiente procedimiento de protección de la legalidad urbanística o para que acuerde la actuación que proceda. Asimismo, le tiene que indicar que, en el supuesto de que no actúe en este plazo, corresponderá al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas ejercer la potestad de protección de la legalidad urbanística.

“b) La decisión que, en uno u otro sentido, adopte el órgano municipal competente debe ser notificada al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas dentro del plazo otorgado. Si transcurrido éste, el órgano municipal competente no ha notificado la incoación del procedimiento, corresponde al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas ejercer la potestad de protección de la legalidad urbanística, en los términos establecidos en el apartado 2 de este

artículo, y de acuerdo con los procedimientos que regulan los artículos 265 a 272 de este Reglamento.

“c) El plazo de diez días a que hace referencia la letra a) de este apartado, se reduce a tres días en los casos en que el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas haga constar de manera expresa y motivada, en el requerimiento previo al órgano municipal competente, que se trata de un supuesto de urgencia.

“274.4. Lo que establece el apartado 2 de este artículo es de aplicación, sin perjuicio de las facultades que correspondan a las autoridades competentes, en virtud del régimen específico de autorización o concesión a que están sometidos determinados actos de edificación y uso del suelo. De acuerdo con esto, el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas puede ejercer directamente la potestad de protección de la legalidad urbanística, sin necesidad de requerimiento previo al ayuntamiento, cuando en suelo no urbanizable se lleven a cabo actuaciones de construcción, transformación o uso del suelo sin la aprobación previa del proyecto o del plan especial previsto en el artículo 48 de la Ley de urbanismo, o sin ajustarse al plan o proyecto aprobados, cuando por su naturaleza estén sometidas al procedimiento previsto por el indicado artículo.

“274.5. El órgano del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas competente para adoptar los acuerdos correspondientes en ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística es el director o directora general de Urbanismo, excepto en los supuestos de establecimiento de medidas de restauración en caso de infracciones muy graves y de imposición de sanciones de cuantía superior a 600.000 euros, en los cuales corresponde adoptar el acuerdo al consejero o consejera. En el caso de que el Departamento instruya un único procedimiento de protección de la legalidad urbanística que incluya la adopción de las diversas medidas de protección que prevé el artículo 191.2 de la Ley de urbanismo, y que la competencia para adoptar las diversas medidas recaiga en órganos diferentes de acuerdo con las reglas anteriores, debe adoptarse una única resolu-

ción en el procedimiento para la cual es competente el órgano de rango jerárquico superior.

“274.6. Los ayuntamientos y el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña se tienen que notificar mutuamente todas las resoluciones que ponen fin a los procedimientos de protección de la legalidad urbanística en los supuestos en que hayan intervenido las dos administraciones. En todo caso, el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña tiene que notificar a los ayuntamientos sus resoluciones que pongan fin a los procedimientos tramitados en ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y, en el caso de procedimientos iniciados al amparo del apartado 4 de este artículo, también debe comunicar su incoación.”

–Intervención de particulares.

Mayores problemas presenta la intervención de los particulares en la forma que se recoge en el artículo 274.1 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña:

“274.1. Las personas que tengan la condición de interesadas en un procedimiento de protección de la legalidad urbanística, en el supuesto de que el ayuntamiento no impulse la instrucción del procedimiento o no acuerde las actuaciones correspondientes en los plazos que establecen los artículos 265 a 272 de este Reglamento, pueden ejercer las acciones judiciales que proceden, de acuerdo con la legislación aplicable, para el caso de inactividad administrativa.”

Y ello es así ya que a título reglamentario se indica una vía –la de inactividad administrativa–¹⁴ que no puede negar la común actuación aceptada por la jurisdicción contencioso-administrativa de “provocación del acto”, es decir, actuando el particular, en su caso titular de la acción pública, por medio de una solicitud en la que insta a las actuaciones que correspondan en sede de protección de la legalidad urbanística y ante el silencio de la Administración, en su caso, en último lugar poniendo fin a la vía administrativa, se pasa a formular impugnación contencioso-administrativa.

“f) Instar la nulidad de las operaciones jurídicas que constituyan parcelación urbanística ilegal.”

14. Estrictamente en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la inactividad administrativa se contempla, en la parte menester, en el artículo 29, del siguiente tenor:

“Artículo 29.

“1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determina-

das, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

“2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.”

3.4. Inspección urbanística

A salvo lo establecido en el artículo 137.3¹⁵ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, al Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, le ha interesado dar el siguiente contenido con especial mención al reconocimiento de la condición de autoridad al personal al servicio de las entidades públicas:

“Artículo 193. Inspección urbanística.

“1. La inspección urbanística debe ser ejercida por el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas y por los órganos de la Administración local, en el marco de las competencias respectivas y de acuerdo con la legislación vigente.

“2. Los informes resultantes de las inspecciones urbanísticas que hagan los órganos de la Generalidad u otros entes locales deben ser comunicados en todos los casos a los ayuntamientos de los municipios donde se hayan producido los hechos.

“3. Se reconoce la condición de autoridad al personal al servicio de las entidades públicas a que se refiere el apartado 1 al cual se encargue expresamente el ejercicio de la inspección urbanística. En el ejercicio de esta actividad, el personal de las administraciones competentes puede inspeccionar todo tipo de obras y de instalaciones; los hechos que constate este personal tienen valor probatorio, de acuerdo con lo establecido por la legislación de procedimiento administrativo común.”

Desde la regulación reglamentaria del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, interesa destacar las vertientes de colaboración entre las administraciones, las facultades y funciones de la inspección urbanística y la precisión y garantías de los informes de la misma en los siguientes términos:

“Artículo 281. Colaboración entre administraciones en la inspección urbanística.

“Las administraciones públicas tienen que prestar la colaboración necesaria y permitir el acceso a sus archivos a la Administración que ejerza la potestad de protección de la legalidad urbanística, a los efectos de la realización de tareas inspectoras y para la determinación y comprobación, respectivamente, de los presuntos responsables de las infracciones cometidas y de la comisión de las referidas infracciones.”

15. El artículo 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, establece:

“3. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento

“Artículo 282. Facultades y funciones de la inspección urbanística.

“282.1. El personal al servicio de las administraciones públicas al cual se encomiende el ejercicio de la inspección urbanística está facultado para entrar y permanecer en las fincas, construcciones y otros lugares sujetos a su actuación inspectora el tiempo necesario para llevar a cabo esta actuación.

“282.2. Al personal que tenga encomendado el ejercicio de la inspección urbanística le corresponden las funciones siguientes:

“a) La investigación y comprobación del cumplimiento de la normativa urbanística, y la práctica de las pruebas y mediciones necesaria para esta finalidad.

“b) En su caso, la propuesta de adopción de medidas provisionales y de incoación de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística que corresponda.

“Artículo 283. Informes que resultan de la inspección urbanística.

“Los informes resultantes de las inspecciones urbanísticas tienen que contener, como mínimo, los siguientes datos:

“a) Lugar y fecha de la inspección y de la emisión del informe.

“b) Identificación de la persona que lo suscribe.

“c) Datos identificativos de las personas presuntamente responsables, si se conocen.

“d) Descripción de los hechos causantes de la presunta infracción, con distinción de los actos amparados por una autorización administrativa y de aquellos que no lo estén.

“e) Documentación gráfica que acredite el estado de las obras a la fecha de la inspección.

“f) Régimen, clasificación y calificación urbanística del suelo con referencia expresa a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico vigente.

“g) Precepto o preceptos urbanísticos presuntamente infringidos.”

3.5. Actuaciones previas

Con la naturaleza de actuaciones previas, se prevé un procedimiento administrativo anterior al propio procedimiento administrativo tendente a aclarar los hechos y determinar los presuntos responsables si es necesario y precisamente para esos fines sin que esas actuaciones puedan interrumpir ni el plazo de pres-

público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.”

cripción de las infracciones ni el de la acción de restauración de la legalidad urbanística.

A esas actuaciones previas hace referencia el artículo 191 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“1. Todas las acciones o las omisiones que presuntamente comporten vulneración de las determinaciones contenidas en esta ley, en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas urbanísticas municipales, sujetos a sanción de conformidad con lo que establecen esta ley y el reglamento que la despliegue, deben dar lugar a las actuaciones administrativas necesarias para aclarar los hechos y, subsiguientemente, o bien directamente, si no se requiere información previa, a la incoación de un expediente de protección de la legalidad urbanística.”

Y el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, se pronuncia sobre el mismo en su artículo 265.1 y 7 en los siguientes términos:

“265.1. Antes de incoar un procedimiento de protección de la legalidad urbanística, se pueden realizar las actuaciones previas necesarias para aclarar los hechos y determinar los presuntos responsables. Estas actuaciones previas no interrumpen el plazo de prescripción de la acción de restauración

que establece el artículo 199 de la Ley de urbanismo, ni el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas que establece el artículo 219 de la misma ley.

“[...]”

“265.7. En cualquier momento de las actuaciones previas o del procedimiento ya incoado, el órgano competente puede proponer el archivo de las actuaciones o el sobreseimiento, en los términos que prevé la normativa reguladora del procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad de Cataluña.”

3.6. Procedimiento administrativo sancionador ordinario y abreviado

En el ámbito de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística,¹⁶ y concretamente en materia de procedimiento sancionador, no cabe duda que procede estar a lo que establezca la legislación reguladora del ejercicio de la potestad sancionadora, además de las especialidades que se establecen en el Derecho Urbanístico de Cataluña, como reconoce el artículo 192.1¹⁷ del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.¹⁸ Todo ello sin perjuicio de lo establecido con

16. Téngase presente que los procedimientos de protección de la legalidad urbanística pueden ser los de restablecimiento de la legalidad urbanística, los de Derecho Sancionador Urbanístico y los de indemnización de daños y perjuicios como sienta el artículo 191.2 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

Para los de restablecimiento de la legalidad urbanística ya nos hemos ocupado antes en la nota 7.

Para los procedimientos de indemnización de daños y perjuicios causados, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 272 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, del siguiente tenor:

“Artículo 272. Procedimiento de resarcimiento.

“272.1. En los casos en que, como consecuencia de actos constitutivos de infracción urbanística, se causen daños y perjuicios a los bienes o intereses públicos, y éstos no se determinen en el procedimiento sancionador, se tiene que instruir un procedimiento de resarcimiento que tiene que ajustarse a la tramitación que establece la legislación aplicable en materia de procedimiento administrativo común, y a lo que establece el artículo 219 de la Ley de urbanismo.

“272.2. Cuando se trate de daños ocasionados a los bienes e intereses de la Generalidad de Cataluña, como consecuencia de actuaciones constitutivas de infracción urbanística, el órgano competente tanto para la incoación como para la resolución del procedimiento es el director o directora general de Urbanismo.”

17. El artículo 192.1 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, establece:

“1. La tramitación de los expedientes de protección de la legalidad urbanística debe ajustarse a lo que establece la legislación

reguladora del ejercicio de la potestad sancionadora, con las especificidades señaladas por esta ley.”

18. En todo caso no debe olvidarse la supletoriedad del Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación en los ámbitos de competencia de la Generalidad, cuyo artículo 1 dispone:

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

“1.1. El presente decreto establece el procedimiento administrativo sancionador que deben aplicar los órganos de la Administración de la Generalidad de Cataluña, de acuerdo con los principios establecidos en el título 9 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y tiene carácter supletorio respecto a las disposiciones de naturaleza sectorial de competencias de la Generalidad que sean de aplicación.

“1.2. Este decreto será de aplicación supletoria de los entes locales de Cataluña en defecto total o parcial de los procedimientos sancionadores específicos previstos en el ordenamiento sectorial o en las ordenanzas locales, excepto las materias en las que el Estado tiene plena competencia normativa.

“1.3. Este reglamento es de aplicación directa a los entes locales en los procedimientos sancionadores sobre materias de competencia de la Generalidad, cuyo ejercicio se les ha delegado.

“1.4. Quedan excluidos de la aplicación del presente decreto los procedimientos del ejercicio de la potestad sancionadora en materia tributaria y los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social.

“1.5. Este decreto tampoco es de aplicación en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de régimen disciplinario de personal y de los que están vinculados por una relación contractual, que se regirá por sus normas específicas.”

carácter general en los artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Concretamente en materia de incoación y terminación del procedimiento sancionador sin apreciación de infracción ni imposición de sanción, procede dirigir la atención a lo dispuesto en el artículo 265.2 a 7 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, en cuanto dispone:

“Artículo 265. Actuaciones previas y disposiciones comunes a los procedimientos de protección de la legalidad urbanística.

“[...]”

“265.2. El órgano competente tiene que incoar el procedimiento de protección de la legalidad urbanística si tiene conocimiento de cualquier acción u omisión que presuntamente vulnere la legalidad urbanística, una vez concluidas, en su caso, las actuaciones previas de averiguación de los hechos y emitidos los correspondientes informes previos de carácter técnico y jurídico.

“La incoación se efectúa de oficio, por petición razonada de otros órganos a partir de sus servicios de inspección, o por denuncia presentada por cualquier persona.

“265.3. El órgano competente para incoar el procedimiento, cuando la Generalidad de Cataluña ejercita la competencia, es el director o directora general de Urbanismo.

“265.4. La incoación debe ser notificada al presunto infractor o infractora, a las personas interesadas y a las administraciones que han instado o que han denunciado los hechos.

“265.5. La misma resolución de incoación que dé lugar al inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística puede incorporar las medidas provisionales que procedan, entre las previstas en el artículo 266 de este Reglamento.

“265.6. Las personas que sean parte en un procedimiento de protección de la legalidad urbanística tienen el deber de identificar, ante la Administración actuante, a otras personas interesadas que no hayan comparecido.

“265.7. En cualquier momento de las actuaciones previas o del procedimiento ya incoado, el órgano competente puede proponer el archivo de las actuaciones o el sobreseimiento, en los términos que prevé la normativa reguladora del procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad de Cataluña.”

A su vez, en materia de procedimiento sancionador urbanístico ordinario interesa traer a colación el artículo 270 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, en los siguientes términos:

“Artículo 270. Procedimiento sancionador urbanístico ordinario.

“270.1. La imposición de sanciones urbanísticas se tiene que ajustar al procedimiento que establece la normativa reguladora del procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad de Cataluña,¹⁹ con las especificidades que establece la Ley de urbanismo y este Reglamento, tanto si se tramita conjuntamente con el procedimiento de restauración de la realidad física y jurídica alterada, como si se tramita separadamente.

“270.2. En todo caso, para iniciar el procedimiento sancionador se tiene que haber requerido a la persona presuntamente infractora la legalización de los hechos, salvo que este requerimiento no sea procedente por la manifiesta ilegalidad de los usos u obras en curso o ya ejecutados.

“La tramitación de la solicitud de legalización interrumpe el plazo de prescripción de la infracción hasta la comunicación de la firmeza de la resolución de la solicitud de legalización.

“270.3. La incoación del procedimiento sancionador comporta el nombramiento de un instructor o instructora y, si procede, de un secretario o secretaria. El expediente tiene que incorporar las actuaciones previas realizadas y tiene que incluir los siguientes datos: identificación de las personas presuntamente responsables y su grado de participación en los hechos, determinación de los hechos imputados a cada una de las personas presuntamente responsables, calificación de las posibles infracciones, las sanciones aplicables y, en su caso, los daños y perjuicios que se puedan haber ocasionado y las medidas de restauración susceptibles de ser adoptadas. Estos datos tienen que formar parte del contenido del pliego de cargos que elabora el instructor o la instructora.

“270.4. Agotado el plazo de alegaciones y, en su caso, practicada la prueba, el instructor o instructora tiene que redactar la propuesta de resolución, la cual tiene que contener:

“a) Identificación de las personas responsables y su grado de participación.

“b) Calificación de la infracción, así como su graduación.

“c) El carácter legalizable o ilegalizable de la infracción.

19. Téngase presente a los efectos indicados la supletoriedad del Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento san-

cionador de aplicación en los ámbitos de competencia de la Generalidad.

“d) La sanción propuesta con las atenuantes o agravantes que sean de aplicación.

“e) El órgano competente para imponer la sanción.

“f) La determinación del beneficio obtenido por el infractor o infractora, si procede.”

Los datos contenidos en la propuesta de resolución tienen que venir acompañados de sus correspondientes referencias normativas.

“270.5. La resolución del procedimiento sancionador urbanístico debe decidir todas las cuestiones que se hayan planteado a lo largo de la instrucción, y tiene que pronunciarse expresamente sobre la imposición de sanciones.”

En el régimen establecido destaca sobremanera la disposición que se contempla en el artículo 270.2, párrafos primero y segundo, que pueden plantear notables problemas en su aplicación ya que:

—El texto reglamentario parece inclinarse por la necesidad de exigir para iniciar, en su caso, el procedimiento sancionador el requerimiento de legalización a la persona presuntamente infractora de la legalización de los hechos²⁰ —salvo que este requerimiento no sea procedente por la manifiesta ilegalidad de los usos u obras en curso o ya ejecutados—, bien para obras sin licencia o no ajustadas a la misma iniciadas pero no terminadas, bien para obras sin licencia o no ajustadas a la misma terminadas. Si es así, bien se puede comprender que se está haciendo necesario practicar las actuaciones de los procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística hasta precisamente ese trámite y sólo con posterioridad cabría dirigir las actuaciones al procedimiento sancionador. Se dice que puede plantear problemas ya que seguramente esa exigencia de tramitación sucesiva de procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística y de Derecho Sancionador puede motivar alguna precisión jurisprudencial en razón a la posible tramitación independiente y no necesariamente sucesiva de esos procedimientos, siempre, claro está, salvadas las garantías de rigor.

—Y mayores problemas va a presentar que la tramitación de la solicitud de legalización pueda interrumpir

el plazo de prescripción de la infracción hasta la comunicación de la firmeza de la resolución de la solicitud de legalización, ya que en el fondo esa suspensión del plazo de prescripción se hace depender en su *dies a quem* de una actuación meramente administrativa y ciertamente singular no de la notificación de la resolución de la solicitud de legalización que se haya presentado sino de una posterior notificación de la firmeza (*sic*) de esa resolución. Obsérvese que literalmente si la Administración, como es de común apreciación, todo lo más notifica la resolución de la solicitud de legalización pero no declara la firmeza de esa resolución y/o no la notifica, no resulta fijado el referido *dies ad quem* a que entender finalmente carente de efectos la denominada interrupción del plazo de prescripción.

En cuanto al procedimiento sancionador urbanístico abreviado, debe dejarse oportuna constancia de lo establecido en el artículo 271 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, del siguiente tenor:

“Artículo 271. Procedimiento sancionador urbanístico abreviado.

“271.1. En los supuestos de infracciones flagrantes tipificadas como leves, en que los hechos han sido recogidos en el acta correspondiente o bien en la denuncia de la autoridad competente, el órgano municipal competente puede aplicar las especificidades del procedimiento sancionador abreviado que se regula en la normativa reguladora del procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad de Cataluña.”²¹

“271.2. El acuerdo de incoación tiene que señalar de forma expresa y motivada la decisión de tramitar el procedimiento sancionador abreviado.”

3.7. Medidas cautelares

Una vez incoado un expediente de protección de la legalidad urbanística —así uno de Derecho Sancionador Urbanístico— es cuando procede atender debi-

20. El requerimiento de legalización se prevé en la vía de los procedimientos de restauración de la legalidad urbanística en el artículo 197.1 y 2 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, en los siguientes términos:

“1. Si los actos de edificación o de uso del suelo y el subsuelo que especifica el artículo 179 se efectúan sin licencia o sin orden de ejecución o no se ajustan a las condiciones que se señalan, el alcalde o alcaldesa, una vez incoado el expediente de protección de la legalidad urbanística, debe dictar una primera resolución de suspensión provisional e inmediata de estos actos, y debe ratificar o modificar la resolución de suspensión provisional dentro de los quince días posteriores al vencimiento del plazo de audiencia de quince días que se otorga a las personas afectadas al notificarles la primera resolución.

“2. En el caso de ratificación de la resolución de suspensión, o si se acuerda la incoación de un expediente de restauración de la realidad física alterada en relación con obras o actuaciones no autorizadas o no ajustadas a las condiciones señaladas que ya se han ejecutado, se requiere a la persona interesada para que, en el plazo de dos meses contados desde la notificación correspondiente, solicite la licencia pertinente o, si procede, ajuste las obras a la licencia o a la orden de ejecución, excepto que éstas sean manifiestamente ilegales.”

21. Téngase presente a los efectos indicados la supletoriedad del Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación en los ámbitos de competencia de la Generalidad.

damente a la adopción de las medidas cautelares provisionales²² para garantizar los inalienables intereses jurídico-público urbanísticos y, claro está, la eficacia de la resolución final que pueda adoptarse.²³

A esa materia se dedica el artículo 195 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 195. Medidas provisionales.

“Una vez incoado un expediente de protección de la legalidad urbanística, el órgano competente puede adoptar las medidas provisionales que crea necesarias para garantizar la eficacia de la resolución final. El acuerdo de adopción tiene que ser motivado. Estas medidas incluyen, con carácter enunciativo y no exhaustivo, tanto la suspensión de las obras que regula el capítulo II como la retirada de los materiales y de la maquinaria a cargo del titular de las obras.”

Y se desarrolla en el artículo 266 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, en los siguientes términos:

22. Especialmente destacable es el contenido del artículo 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, del siguiente tenor:

“Artículo 136. Medidas de carácter provisional.

“Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.”

23. Téngase presente que en el caso de actuaciones penales en curso no cabe entender imposibilitada la aplicación de medidas cautelares administrativas o contencioso administrativas que, desde luego, no afecten a las diligencias penales en curso como reconoce el artículo 273.3 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, que se ha comentado con anterioridad.

24. El artículo 197.1, 3 y 4 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, dispone:

“Artículo 197. Órdenes de suspensión de obras y requerimientos de legalización.

“1. Si los actos de edificación o de uso del suelo y el subsuelo que especifica el artículo 179 se efectúan sin licencia o sin orden de ejecución o no se ajustan a las condiciones que se señalan, el alcalde o alcaldesa, una vez incoado el expediente de protección de la legalidad urbanística, debe dictar una primera resolución de suspensión provisional e inmediata de estos actos, y debe ratificar o modificar la resolución de suspensión provisional dentro de los quince días posteriores al vencimiento del plazo de audiencia de quince días que se otorga a las personas afectadas al notificarles la primera resolución.

[...]

“3. La suspensión provisional, en el supuesto de que no se ratifique en el plazo de quince días, resta automáticamente sin efecto, sin perjuicio que la Administración pueda posteriormente dictar una nueva resolución de suspensión.

“4. El director o directora general de Urbanismo, en el supuesto de presuntas infracciones graves o muy graves, puede acordar la

“Artículo 266. Medidas provisionales.

“266.1. Conjuntamente con el acuerdo de incoación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, o posteriormente en su caso, se pueden adoptar las medidas provisionales necesarias para garantizar la efectividad de la resolución del procedimiento.

“266.2. Si el procedimiento de protección de la legalidad urbanística se refiere a actos de edificación o de uso del suelo y el subsuelo, sin licencia ni orden de ejecución, o que no se ajustan a las condiciones que se señalan en ellas, que están en curso, procede acordar la suspensión de estos actos, en los términos que establecen los apartados 1, 3 y 4 del artículo 197²⁴ de la Ley de urbanismo y los apartados 1 y 2 del artículo 267²⁵ de este Reglamento.

“266.3. Además de la suspensión a qué hace referencia el apartado anterior, en los procedimientos de protección de la legalidad urbanística también se pueden adoptar, entre otras, las medidas provisionales siguientes:

“a) Retirada de los materiales a utilizar para la ejecución de la obra o del uso presuntamente ilegales.

medida cautelar de suspensión y, si procede, la ratificación ulterior de ésta si, una vez requerido el ayuntamiento a tales efectos, el alcalde o alcaldesa no adopta la medida correspondiente en el plazo que establece el artículo 192.3. Igualmente, el director o directora general de Urbanismo puede requerir a la persona interesada para que legalice las obras ejecutadas sin licencia o sin ajustarse a los términos de ésta si el ayuntamiento no lo hace en los plazos que establece el artículo 192.3.”

25. El artículo 267.1 y 2 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, dispone:

“267.1. Si se están ejecutando obras o efectuando actuaciones sin licencia, sin orden de ejecución, o bien con incumplimiento de las condiciones que se señalan en ellas, el órgano competente, con los correspondientes informes previos de carácter técnico y jurídico, tiene que incoar el procedimiento de protección de la legalidad urbanística y, juntamente, debe dictar una primera resolución de suspensión provisional e inmediata de las citadas obras y actuaciones, que debe ser notificada al presunto infractor o infractora.

“En la notificación a la presunta persona infractora se tiene que señalar motivadamente si las obras o usos pueden ser objeto de un proceso de legalización o si son manifiestamente ilegalizables. En este último caso se tiene que advertir en la notificación de las medidas de restauración susceptibles de ser adoptadas.

“El presunto infractor o infractora dispone de un plazo de audiencia de quince días para formular las alegaciones que considere oportunas, tanto respecto de la suspensión de obras, como en relación con el carácter legalizable o ilegalizable de las obras o usos o con las medidas de restauración susceptibles de ser adoptadas.

“267.2. En el plazo de quince días desde el vencimiento del plazo de audiencia, y atendidas las alegaciones formuladas, si es el caso, el órgano competente debe ratificar o revocar total o parcialmente la primera resolución. La suspensión provisional, si no se ratifica en este plazo de quince días, resta automáticamente sin efecto, de acuerdo con el qué establece el artículo 197.3 de la Ley de urbanismo.”

“b) Precinto o retirada de la maquinaria, y clausura de los accesos a fin de impedir el desarrollo del uso y de las obras en curso de ejecución, presuntamente ilegales.

“c) Requerimiento de suspensión cautelar de los suministros de agua, energía eléctrica, gas y telefonía y, si procede, de la tramitación de la correspondiente contratación.

“d) Dar cuenta de las medidas decididas al órgano competente para el otorgamiento de cédulas de habitabilidad a los efectos de la suspensión de este otorgamiento.

“e) Si la incoación la adopta la Generalidad de Cataluña, comunicación de los pronunciamientos adoptados al ayuntamiento respectivo para que tengan los efectos que correspondan en la resolución de la licencia de ocupación o de primera utilización del edificio.

“266.4. En el supuesto de que se acuerden las medidas señaladas en las letras a) y b) del apartado 3 de este artículo, si la persona obligada no lleva a cabo la retirada de los materiales o de la maquinaria en el plazo de las 48 horas siguientes a la notificación del acuerdo, el órgano competente para la incoación del procedimiento puede ejecutar subsidiariamente estas medidas. Los materiales y la maquinaria retirados quedan a disposición de la persona interesada, quién está obligada a satisfacer los gastos de transporte y depósito. Una vez resuelto el procedimiento de protección de la legalidad, si la persona interesada no ha reclamado los materiales y la maquinaria, la Administración puede disponer de ellos libremente o los puede entregar a un vertedero autorizado, previo requerimiento a la persona interesada. Los gastos ocasionados también corren a cargo de la persona interesada.”

La relación ciertamente importante de medidas cautelares que se expone en el precitado precepto reglamentario, como es sabido, reproduce un buen número de supuestos aceptados jurisprudencialmente. Ahora bien, se entiende que pueden plantear problemas de aplicación en los siguientes casos:

–En materia de suspensión cautelar de los suministros de agua, energía eléctrica, gas y telefonía nada habría que objetar, pero si se dirige la atención a que si procede debería imponerse la suspensión de la tramitación de la correspondiente contratación deberá significarse las dificultades de tener que emplear determinados medios de ejecución forzosa administrativos, singularmente los dirigidos a la ejecución *in natura* de esa medida caso de contravención al caso.

–Y mayores problemas puede presentar el régimen reglamentario referente a la retirada de los materiales o de la maquinaria por falta de reclamación posterior de la persona interesada y previo requerimiento a la misma que autoriza a disponer de ellos libremente (*sic*) por la Administración o a entregarlos a un vertedero autorizado. Esa facultad de disposición con la mera cobertura legal más allá del régimen legal de Derecho privado se intuye francamente comprometida ante el posible ejercicio de acciones civiles.

3.8. Colaboración con el Registro de la Propiedad

Como no puede ser de otra manera, una eficaz colaboración del Registro de la Propiedad en materia de reacción administrativa de protección de la legalidad urbanística y singularmente de Derecho Sancionador Urbanístico debe tenerse siempre presente.²⁶

A tales efectos no deja de ser común y habitual su expresivo reconocimiento en las legislaciones urbanísticas como la que ahora dispensa el artículo 196 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, en los siguientes términos que, a no dudarlo, incorporan tanto las medidas cautelares como las resoluciones de los procedimientos:

“Artículo 196. Colaboración del Registro de la Propiedad en la eficacia de los actos administrativos en materia urbanística.

“1. Los acuerdos administrativos en materia de protección de la legalidad urbanística regulados por la legislación aplicable en materia de régimen de suelo y de valoraciones se constatan en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con la legislación hipotecaria.

“2. Los órganos competentes en materia urbanística, según lo que dispone esta ley, pueden, aparte de lo que establece el apartado 1, instar al Registro de la Propiedad a practicar el asentamiento que corresponda respecto a los actos administrativos siguientes:

“a) La suspensión de actos de edificación o de uso del suelo o del subsuelo efectuados sin licencia o sin orden de ejecución, o bien sin ajustarse a las condiciones que se establezcan.

“b) La suspensión de los efectos de una licencia o de una orden de ejecución y la paralización de las obras iniciadas al amparo de ésta.

“c) La declaración de lesividad de una licencia o de una orden de ejecución.

26. Por otra parte, téngase presente el Real decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística.

“d) La anulación administrativa de una licencia o de una orden de ejecución o la resolución administrativa dictada en ejecución de una sentencia que haya declarado la anulación.

“e) El acuerdo de derribo y de restauración del suelo al estado anterior a la ejecución de las obras constitutivas de la infracción.

“f) La resolución que, para fincas hipotecarias determinadas, constate que quedan fuera de ordenación los edificios o las instalaciones.

“g) La resolución administrativa que acuerde la ejecución forzosa de los actos adoptados en virtud de esta ley.

“h) Las resoluciones que pongan fin a un procedimiento de protección de la legalidad urbanística.”

3.9. Caducidad del procedimiento administrativo

Cuando de un procedimiento sancionador urbanístico se trata, debe destacarse lo dispuesto en el artículo 194 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, con sus especificidades que excluyen de aplicación el régimen general:

“Artículo 194. Caducidad de los procedimientos.

“1. Los procedimientos de protección de la legalidad urbanística caducan si, una vez transcurrido el plazo máximo de seis meses para dictar resolución, ésta no ha sido dictada y notificada. Este plazo resta interrumpido en los supuestos a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo común, y por todo el tiempo que se precise para hacer las notificaciones mediante edictos, si procede.

“2. Si la resolución del expediente de protección de la legalidad urbanística no corresponde al ente que lo ha incoado, el plazo de caducidad es de ocho meses y el órgano competente debe recibir la documentación completa dos meses antes, como mínimo, del agotamiento de este plazo.”

Interesa detener la atención y destacar esas reglas específicas, que cabe concretar en lo siguiente:²⁷

–El plazo máximo para dictar resolución y notificarla es el de seis meses.

–Este plazo queda interrumpido en los supuestos a que se refiere la legislación de procedimiento admi-

nistrativo común, pero además por todo el tiempo que se precise para hacer las notificaciones mediante edictos, si procede.

–Si la resolución del expediente de protección de la legalidad urbanística no corresponde al ente que lo ha incoado, el plazo de caducidad pasa a ser de ocho meses y el órgano competente debe recibir la documentación completa dos meses antes, como mínimo, del agotamiento de este plazo.

4. Las infracciones urbanísticas

Centrando el examen en la regulación de las infracciones urbanísticas en el Derecho Urbanístico de Cataluña, deben señalarse los dictados generales de los artículos 203 y 204 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 203. Clasificación de las infracciones urbanísticas.

“1. Son infracciones urbanísticas todas las acciones o las omisiones tipificadas como tales por esta ley.

“2. Las infracciones urbanísticas se clasifican en muy graves, graves y leves, de acuerdo con esta ley y con las especificaciones reglamentarias pertinentes para identificarlas correctamente.”

“Artículo 204. Actuaciones que vulneran el ordenamiento jurídico.

“1. La vulneración del ordenamiento jurídico urbanístico se produce tanto mediante actuaciones sin licencia o sin orden de ejecución como mediante actuaciones que no se ajustan a las condiciones de estos actos administrativos.

“2. La falta de los títulos administrativos concretos que, de acuerdo con esta ley, habilitan para llevar a cabo los actos de parcelación, urbanización, edificación o uso del suelo, o el cumplimiento de estas actuaciones vulnerando el contenido de los dichos títulos constituye una infracción urbanística de carácter muy grave, grave o leve, según que corresponda, en función de los supuestos contenidos en los artículos 205, 206 y 207.

“3. Constituye una infracción urbanística leve la ejecución de actuaciones que requieren una comunicación previa en sustitución de la licencia urba-

27. Igualmente téngase presente especialmente el artículo 58.3 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en cuanto dispone:

“3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado rea-

lice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

“4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado.”

nística si se llevan a término sin haberla presentada o bien sin respetar el contenido de la comunicación.”

Sin perjuicio de la clasificación legal en infracciones muy graves, graves y leves prevista en los artículos 205, 206 y 207 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, junto con otros preceptos contenidos en ese texto legal que igualmente comprenden infracciones administrativas y se señalarán posteriormente, para atender a la tipología de las infracciones administrativas tipificadas como tales por el ordenamiento jurídico urbanístico de Cataluña, se ofrece la siguiente clasificación, que se desarrollará seguidamente:

1. Los actos de edificación contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico.

2. Los actos de parcelación urbanística, de urbanización, de uso del suelo y el subsuelo contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico.

3. La vulneración en cualquier clase de suelo de los parámetros imperativos establecidos por el planeamiento urbanístico relativos a densidad de viviendas, número de establecimientos, techo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las fincas o las parcelas.

4. La división o segregación de terrenos.

5. Las talas o el abatimiento de árboles.

6. El incumplimiento del deber de conservación de terrenos, urbanizaciones, edificaciones, rótulos e instalaciones en general.

7. Infracción grave: operaciones que tengan por objeto la constitución de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente.

8. Otras infracciones leves.

9. Especial consideración de la legalización efectiva.

10. Especial consideración de la restauración voluntaria de la realidad física o jurídica alterada.

En todo caso, no se va a desconocer la obviedad que representa las dificultades que se plantean ante la dificultosa o a veces la defectuosa técnica empleada por el legislador administrativo en materia de tipificación de infracciones administrativas o, si así se prefiere, en sede de la ordenación del Derecho Sancionador, en este caso urbanístico. La relación que irá siguiendo deberá comprender la puesta de manifiesto, en la parte que se sea capaz de exponer, de aquellos supuestos en que se detecte impropiedades de esa naturaleza a no dudarlo precisadas de una labor jurisprudencial debidamente detenida y de precisión tan necesaria en el tan sentido ámbito de Derecho Sancionador que nos ocupa.

4.1. Los actos de edificación contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico

Para los actos de edificación contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico se ha seguido por el legislador autonómico de Cataluña una consideración de supuestos a calificar como:

A) Infracción muy grave –para los que se lleven a cabo en suelo no urbanizable objeto de algún régimen de protección especial, de acuerdo con lo establecido por el artículo 32.a) del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, y también en terrenos reservados, en cualquier clase de suelo, a sistemas generales o bien a zonas verdes, espacios libres y zonas deportivas, públicos.

B) Infracción grave –para los que se lleven a cabo en suelo no urbanizable no sometido a ningún régimen de protección especial, en suelo urbanizable no delimitado y en terrenos reservados por el planeamiento a sistemas locales de comunicación y de equipamientos comunitarios.

C) Infracción leve –para el incumplimiento, en suelo urbano y en suelo urbanizable delimitado, de las determinaciones urbanísticas sobre edificación, así como para la vulneración del ordenamiento jurídico urbanístico en suelo no urbanizable no sujeto a protección especial y en suelo urbanizable sin planeamiento parcial definitivamente aprobado, en materia de edificación, si la actuación consiste en la construcción de elementos auxiliares o complementarios de un uso o una edificación preexistentes legalmente implantados.

Así, procede destacar la regulación legal del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 205. Infracciones urbanísticas muy graves.

“a) Los actos [...] de edificación contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico que se lleven a cabo en suelo no urbanizable objeto de algún régimen de protección especial, de acuerdo con lo establecido por el artículo 32.a), y también en terrenos reservados, en cualquier clase de suelo, a sistemas generales o bien a zonas verdes, espacios libres y zonas deportivas públicos.”

“Artículo 206. Infracciones urbanísticas graves.

“a) Los actos tipificados por el artículo 205.a) que se lleven a cabo en suelo no urbanizable no sometido a ningún régimen de protección especial, en suelo urbanizable no delimitado y en terrenos reservados por el planeamiento a sistemas locales de comunicación y de equipamientos comunitarios.”

“Artículo 207. Infracciones urbanísticas leves.

"a) El incumplimiento, en suelo urbano y en suelo urbanizable delimitado, de las determinaciones urbanísticas sobre edificación.

"b) La vulneración del ordenamiento jurídico urbanístico en suelo no urbanizable no sujeto a protección especial y en suelo urbanizable sin planeamiento parcial definitivamente aprobado, en los supuestos siguientes:

"[...]

"Segundo. En materia de edificación, si la actuación consiste en la construcción de elementos auxiliares o

complementarios de un uso o una edificación preexistentes legalmente implantados."

En todo caso, interesa dejar sentado que las clasificaciones urbanísticas de suelo no urbanizable, suelo urbanizable delimitado, suelo urbanizable no delimitado y suelo urbano son técnicamente las definidas por el legislador autonómico a cuyo régimen procede remitirse.²⁸

De la misma forma técnica, procede atender a la calificación urbanística de sistemas bien generales o locales, bien en sus modalidades de sistema de

28. Ténganse presentes a estos efectos los artículos 25 a 33 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, del siguiente tenor:

"Artículo 25. Clasificación del suelo.

"Los planes de ordenación urbanística municipal clasifican todo el suelo del territorio correspondiente en:

"a) Suelo urbano.

"b) Suelo no urbanizable.

"c) Suelo urbanizable."

"Artículo 26. Concepto de suelo urbano.

"Constituyen el suelo urbano:

"a) Los terrenos que el planeamiento urbanístico incluye de manera expresa en esta clase de suelo porque, habiendo sido sometidos al proceso de integración en el tejido urbano, tienen todos los servicios urbanísticos básicos o bien son comprendidos en áreas consolidadas por la edificación de al menos dos terceras partes de su superficie edificable. El simple hecho que el terreno confronte con carreteras y vías de conexión interlocal y con vías que delimitan el suelo urbano no comporta que el terreno tenga la condición de suelo urbano.

"b) Los terrenos que, en ejecución del planeamiento urbanístico, alcanzan el grado de urbanización que éste determina."

"Artículo 27. Servicios urbanísticos básicos.

"1. Son servicios urbanísticos básicos:

"a) La red viaria que tenga un nivel de consolidación suficiente para permitir la conectividad con la trama viaria básica municipal.

"b) Las redes de abastecimiento de agua y de saneamiento.

"c) El suministro de energía eléctrica.

"2. Los servicios urbanísticos básicos deben tener las características adecuadas para el uso del suelo previsto por el planeamiento urbanístico que lo clasifica."

"Artículo 28. Concepto de núcleo de población.

"Se entiende por núcleo de población, a los efectos de esta ley, una concentración aislada de población, con usos urbanos, dentro de un municipio, que requiere la existencia de servicios urbanísticos y asistenciales."

"Artículo 29. Concepto de solar.

"Tienen la consideración de solar, a los efectos de esta ley, los terrenos clasificados como suelo urbano que sean aptos para la edificación, según su calificación urbanística, y que cumplan los requisitos siguientes:

"a) Que estén urbanizados de acuerdo con las determinaciones establecidas por el planeamiento urbanístico o, en todo caso, si éste no las especifica, que dispongan de los servicios urbanísticos básicos señalados por el artículo 27.1 y confronten con una vía que cuente con alumbrado público y esté íntegramente pavimentada, incluida la zona de paso peatonal.

"b) Que tengan señaladas alineaciones y rasantes, si el planeamiento urbanístico las define.

"c) Que sean susceptibles de licencia inmediata porque no han sido incluidos en un sector sujeto a un plan de mejora urbana ni en un polígono de actuación urbanística pendientes de desarrollo.

"d) Que, para edificarlos, no deban ceder terrenos para destinarlos a calles o a vías de cara a regularizar alineaciones o en completar la red viaria."

"Artículo 30. Concepto de suelo urbano consolidado.

"Constituyen el suelo urbano consolidado:

"a) Los terrenos que tienen la condición de solar, de acuerdo con el artículo 29.

"b) Los terrenos a los cuales sólo falta, para alcanzar la condición de solar, señalar las alineaciones o las rasantes, o bien completar o acabar la urbanización en los términos señalados por el artículo 29.a), tanto si han sido incluidos a tal fin en un polígono de actuación urbanística o en sector sujeto a un plan de mejora urbana como si no han sido incluidos."

"Artículo 31. Concepto de suelo urbano no consolidado.

"1. Tiene la condición de suelo urbano no consolidado el suelo urbano otro que el consolidado.

"2. El suelo urbano consolidado deviene no consolidado cuando el planeamiento urbanístico general le somete a actuaciones de transformación urbanística incorporándolo a sectores sujetos a un plan de mejora urbana o a polígonos de actuación urbanística, o cuando deja de cumplir las condiciones de las letras b) y d) del artículo 29 como consecuencia de la nueva ordenación.

"3. Para la transformación urbanística de un sector de suelo urbano no consolidado sujeto a un plan de mejora urbana, hace falta la formulación, la tramitación y la aprobación definitiva de un plan de mejora urbana, excepto en el caso de las áreas residenciales estratégicas, cuya ordenación detallada se establece por el correspondiente plan director urbanístico."

"Artículo 32. Concepto de suelo no urbanizable.

"Constituyen el suelo no urbanizable:

"a) Los terrenos que el plan de ordenación urbanística municipal debe clasificar como no urbanizables por razón de los factores siguientes, entre otros:

"Primero. Un régimen especial de protección aplicado por la legislación sectorial y por el planeamiento territorial que exija esta clasificación como consecuencia de la necesidad o la conveniencia de evitar la transformación de los terrenos para proteger el interés conector, natural, agrario, paisajístico, forestal o de otro tipo.

"Segundo. Las determinaciones de los planes directores, de acuerdo con lo establecido por el artículo 56.

"Tercero. La sujeción de los terrenos a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

"b) Los terrenos que el plan de ordenación urbanística municipal considera necesarios para clasificar como suelo no urbanizable por razón de:

"Primero. La concurrencia de los valores considerados por la legislación aplicable en materia de régimen de suelo y de valoraciones.

comunicaciones, sistema de equipamientos comunitarios y sistema de espacios libres públicos en los términos que se definen y explicitan en el artículo 34 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 34. Sistemas urbanísticos generales y locales.

“1. Integran los sistemas urbanísticos generales los terrenos que el planeamiento urbanístico reserva para las comunicaciones, para los equipamientos comunitarios y para los espacios libres públicos, si su nivel de servicio es de alcance municipal o superior. Los sistemas urbanísticos generales configuran la estructura general del territorio y determinan el desarrollo urbano.

“2. Integran los sistemas urbanísticos locales los terrenos que el planeamiento urbanístico reserva para las comunicaciones, para los equipamientos comunitarios y para los espacios libres públicos, si su nivel de servicio es un ámbito de actuación de suelo urbano o de suelo urbanizable o el conjunto de suelo urbano de un municipio, de acuerdo con lo que establezcan, en este último caso, el plan de ordenación urbanística municipal o el programa de actuación urbanística municipal.

“3. El planeamiento urbanístico general puede prever como sistemas urbanísticos reservas de terrenos destinados a viviendas dotacionales públicas. El sistema urbanístico de viviendas dotacionales públicas comprende las actuaciones públicas de vivienda destinadas a satisfacer los requerimientos temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia o de emancipación justificadas en políticas sociales previamente definidas. Estas políticas deben especificarse en la memoria social del planeamiento urbanístico.

“4. El sistema urbanístico de comunicaciones comprende todas las infraestructuras necesarias para la

movilidad de las personas y de las mercancías, por transporte terrestre, marítimo o aéreo, y comprende también las áreas de protección y las áreas de aparcamiento de vehículos respectivas.

“5. El sistema urbanístico de equipamientos comunitarios comprende los centros públicos, los equipamientos de carácter religioso, cultural, docente, deportivo, sanitario, asistencial, de servicios técnicos y de transporte y los otros equipamientos que sean de interés público o de interés social.

“6. El sistema urbanístico de espacios libres públicos comprende los parques, los jardines, las zonas verdes y los espacios para el recreo, el tiempo libre y el deporte. La concreción de los elementos que integran este sistema debe tener en cuenta la existencia de restos arqueológicos de interés declarado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9.3.

“7. Los terrenos reservados para sistemas urbanísticos de titularidad pública, si son comprendidos en un ámbito de actuación urbanística sometido al sistema de reparcelación, se adquieren mediante cesión obligatoria y gratuita, sin perjuicio de lo que establece el artículo 150. Si es preciso avanzar la obtención de la titularidad pública y la ocupación directa regulada por el mencionado artículo no es suficiente, se puede también efectuar una actuación aislada expropiatoria, en cuyo caso la Administración adquirente se subroga en los derechos y los deberes de la persona que era propietaria.

“8. Los terrenos reservados para sistemas urbanísticos públicos que no sean comprendidos en un ámbito de actuación urbanística sometido al sistema de reparcelación se pueden adquirir mediante la actuación expropiatoria que corresponda.”

Pues bien, las dificultades que se juzgan de interés resaltar pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. En materia de clasificación de suelo, no deja de sorprender que se haya previsto como infracción

“Segundo. El objetivo de garantizar la utilización racional del territorio y la calidad de vida, de acuerdo con el modelo de desarrollo urbanístico sostenible definido por el artículo 3, y también la concurrencia de otros criterios objetivos establecidos por el planeamiento territorial o urbanístico.

“Tercero. El valor agrícola de los terrenos incluidos en indicaciones geográficas protegidas o denominaciones de origen.

“c) Los terrenos reservados para sistemas urbanísticos generales no incluidos en suelo urbano ni en suelo urbanizable.”

“Artículo 33. Concepto de suelo urbanizable.

“1. Constituyen el suelo urbanizable los terrenos que, de acuerdo con lo que establece el artículo 3, el plan de ordenación urbanística municipal correspondiente considere necesarios y adecuados para garantizar el crecimiento de la población y de la actividad económica, y los terrenos que los planes directores urbanísticos delimiten como áreas residenciales estratégicas.

“2. El suelo urbanizable debe ser cuantitativamente proporcionado a las previsiones de crecimiento de cada municipio y debe per-

mitir, como parte del sistema urbano o metropolitano en que se integra, el despliegue de programas de suelo y de vivienda.

“3. Los planes de ordenación urbanística municipal pueden distinguir entre suelo urbanizable delimitado y suelo urbanizable no delimitado.

“4. Para la transformación urbanística de un sector de suelo urbanizable delimitado, hace falta la formulación, la tramitación y la aprobación definitiva de un plan parcial urbanístico, excepto en el caso de las áreas residenciales estratégicas, cuya ordenación detallada se establece por el correspondiente plan director urbanístico. Si se trata de suelo urbanizable no delimitado, el plan parcial urbanístico tiene que ser de delimitación, se tiene que haber aprobado definitivamente y tiene que acreditar que la actuación sea coherente con los parámetros determinados, de acuerdo con los apartados 1.d), 1.e) y 8 del artículo 58, por el plan de ordenación urbanística municipal correspondiente.”

muy grave los actos de edificación en suelo no urbanizable objeto de algún régimen de protección especial, de acuerdo con lo establecido por el artículo 32.a)²⁹ –es decir, para los terrenos clasificados como suelo no urbanizable especialmente protegido por legislación sectorial o por el planeamiento territorial– y se omite tanto como infracción grave y como infracción leve los terrenos clasificados como suelo no urbanizable especialmente protegido del artículo 32.b)³⁰ –es decir, para los especialmente protegidos por la ordenación urbanística–, con lo que ello representa.

Obsérvese la trascendencia del caso cuando como infracción grave sólo se prevén los supuestos de actos de edificación en suelo no urbanizable no sometido a ningún régimen de protección especial y como infracción leve los actos de edificación en suelo no urbanizable no sujeto a protección especial si la actuación consiste en la construcción de elementos auxiliares o complementarios de un uso o una edificación preexistentes legalmente implantados.

2. En materia de sistemas, en principio, nada hay que objetar a la técnica seguida en materia de edificación en suelos calificados de sistemas generales que se tipifican como infracción muy grave en el artículo 205.a) del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña. Pero mayores problemas se intuyen en sede de sistemas locales en los siguientes puntos:

2.a) No se atiende específicamente al sistema urbanístico de reservas de terrenos destinados a viviendas dotacionales públicas, por lo que deberá estarse, en su caso, tan sólo a su posible subsunción en los tipos infractores en materia de clasificación de suelo, pero se carece de tipo hábil en materia de sistemas que prevean el supuesto.

29. El artículo 32.a) del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, establece:

“Constituyen el suelo no urbanizable:

“a) Los terrenos que el plan de ordenación urbanística municipal debe clasificar como no urbanizables por razón de los factores siguientes, entre otros:

“Primero. Un régimen especial de protección aplicado por la legislación sectorial y por el planeamiento territorial que exija esta clasificación como consecuencia de la necesidad o la conveniencia de evitar la transformación de los terrenos para proteger el interés conector, natural, agrario, paisajístico, forestal o de otro tipo.

“Segundo. Las determinaciones de los planes directores, de acuerdo con lo establecido por el artículo 56.

“Tercero. La sujeción de los terrenos a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.”

30. El artículo 32.b) del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, establece:

2.b) Pero si se tiene en cuenta que con apoyo en la legislación anterior en las figuras de planeamiento aún vigentes se contemplan modalidades de sistemas más allá de las empleadas por el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, la dificultad va a planear sobre la pretendida subsunción del supuesto que se presente en alguno de los precisos supuestos típicos que se han expuesto.

4.2. Los actos de parcelación urbanística, de urbanización, de uso del suelo y el subsuelo contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico

En el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, se constituyen como infracciones urbanísticas conductas relativas a actos de parcelación urbanística, de urbanización, de uso del suelo y el subsuelo contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico, en los siguientes términos:

“Artículo 205. Infracciones urbanísticas muy graves.

“a) Los actos de parcelación urbanística, de urbanización, de uso del suelo y el subsuelo [...] contrarios al ordenamiento jurídico urbanístico que se lleven a cabo en suelo no urbanizable objeto de algún régimen de protección especial, de acuerdo con lo establecido por el artículo 32.a), y también en terrenos reservados, en cualquier clase de suelo, a sistemas generales o bien a zonas verdes, espacios libres y zonas deportivas públicos.”

“Artículo 206. Infracciones urbanísticas graves.

“a) Los actos tipificados por el artículo 205.a) que se lleven a cabo en suelo no urbanizable no sometido a

“Constituyen el suelo no urbanizable:

“[...]

“b) Los terrenos que el plan de ordenación urbanística municipal considera necesarios para clasificar como suelo no urbanizable por razón de:

“Primero. La concurrencia de los valores considerados por la legislación aplicable en materia de régimen de suelo y de valoraciones.

“Segundo. El objetivo de garantizar la utilización racional del territorio y la calidad de vida, de acuerdo con el modelo de desarrollo urbanístico sostenible definido por el artículo 3, y también la concurrencia de otros criterios objetivos establecidos por el planeamiento territorial o urbanístico.

“Tercero. El valor agrícola de los terrenos incluidos en indicaciones geográficas protegidas o denominaciones de origen.”

ningún régimen de protección especial, en suelo urbanizable no delimitado y en terrenos reservados por el planeamiento a sistemas locales de comunicación y de equipamientos comunitarios.

“b) El incumplimiento, en suelo urbano y en suelo urbanizable delimitado, de las determinaciones urbanísticas sobre urbanización, usos del suelo y del subsuelo y parcelación urbanística.”

“Artículo 207. Infracciones urbanísticas leves.

“[...]

31. En materia de parcelación urbanística, baste dejar constancia de los artículos 183 a 187 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, del siguiente contenido:

“Artículo 183. Parcelación urbanística.

“1. Se entiende por parcelación urbanística:

“a) Toda división simultánea o segregación sucesiva de terrenos en dos o más lotes, en cualquier clase de suelo, que, por razón de las características físicas de los terrenos, de la delimitación de éstos por viales existentes o de nueva creación, de la implantación de servicios o de la edificabilidad descrita por la operación de división, facilite o tenga por finalidad facilitar la construcción de edificaciones o de instalaciones para destinarlas a usos urbanos.

“b) Toda operación que tenga las mismas finalidades que las especificadas por la letra a) en que, sin división o segregación de fincas, se enajenen o se arrienden partes indivisibles de una finca determinada, con la incorporación del derecho de utilización exclusiva de partes concretas de terrenos.

“c) La constitución de asociaciones o sociedades en las cuales la calidad de ser miembro o de tener participaciones o acciones incorpore el derecho de utilización exclusiva a que se refiere la letra b).

“2. Respecto a las partes concretas a que hace referencia el apartado 1.b) y c), deben concurrir las condiciones de tamaño y descripción que exijan racionalmente la modificación del uso rústico de la matriz de donde procedan.

“3. Se considera ilegal toda división o segregación que facilite o tenga por finalidad facilitar la construcción de edificaciones o la implantación de usos que no estén permitidos en suelo no urbanizable.”

“Artículo 184. Licencia de parcelación.

“1. Toda parcelación urbanística debe ser objeto de licencia, excepto la contenida en el proyecto de reparcelación y de otras excepciones reguladas por reglamento.

“2. Para hacer efectivo lo que establece el apartado 1, debe someterse a la fiscalización previa municipal toda división o segregación sucesiva de terrenos. Si la operación prevista es una parcelación urbanística, se tiene que autorizar o denegar en función del cumplimiento o no de la normativa urbanística. En caso contrario, el ayuntamiento declara innecesaria la licencia de parcelación, sin perjuicio que la división o la segregación de terrenos se tenga que ajustar a las condiciones específicas de la legislación sectorial.”

“Artículo 185. Requisito necesario para otorgar escrituras y para inscribir las en el Registro de la Propiedad.

“El otorgamiento de escrituras y de otros documentos públicos con relación a las operaciones que son objeto de los artículos 183 y 184 y la inscripción de dichos documentos en el Registro de la Propiedad se tienen que ajustar a lo que establecen la legislación aplicable en materia de régimen del suelo y la legislación hipotecaria, y debe acreditarse que se dispone de la licencia de parcelación o bien de la declaración que ésta no es necesaria.”

“Artículo 186. Presunción de parcelación urbanística.

“b) La vulneración del ordenamiento jurídico urbanístico en suelo no urbanizable no sujeto a protección especial y en suelo urbanizable sin planeamiento parcial definitivamente aprobado, en los supuestos siguientes:

“Primero. En materia de uso del suelo y del subsuelo, si la actuación no comporta hacer edificaciones ni instalaciones fijas.”

No se va a descubrir la obvia respecto a que los conceptos de parcelación urbanística,³¹ de urbanización,³² de uso del suelo³³ y el subsuelo³⁴ son con-

“Se presume que hay parcelación urbanística en toda división o segregación sucesiva de terrenos, y también en las operaciones por las que se adjudican en propiedad o arrendamiento cuotas indivisas de un terreno con derecho de uso privativo exclusivo, cuando no se acredite la obtención de la licencia previa.”

“Artículo 187. Requisitos previos a la parcelación urbanística y efectos del incumplimiento.

“1. Sólo se pueden hacer parcelaciones urbanísticas y, consecuentemente, otorgar licencias de parcelación si previamente se ha aprobado un plan de ordenación urbanística municipal o, si procede, un plan de mejora urbana que lo desarrolle, cuando afecte suelo urbano, o si previamente se ha aprobado el plan parcial urbanístico del sector correspondiente para el suelo urbanizable. En suelo no urbanizable no pueden hacerse parcelaciones urbanísticas en ningún caso.

“2. Los lotes resultantes de una parcelación efectuada con infracción de las disposiciones de este artículo o del régimen de indivisibilidad urbanística de los terrenos, que regula el artículo 188, nunca se pueden considerar solares, ni es permitido edificar, sin perjuicio de la aplicación de las medidas de protección de la legalidad urbanística que correspondan.”

32. Téngase presente en materia de los proyectos de urbanización y sus correspondientes obras el artículo 70 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, del siguiente tenor:

“Artículo 70. Proyectos de urbanización.

“1. Los proyectos de urbanización son proyectos de obras que tienen por finalidad poner en marcha la ejecución material de las determinaciones de los planes de ordenación urbanística municipal y de los planes urbanísticos derivados en los ámbitos de actuación urbanística.

“2. Los proyectos de urbanización pueden hacer referencia a todas las obras de urbanización o únicamente a las obras de urbanización básicas, que comprenden las relativas al saneamiento, abarcando los colectores de aguas pluviales, los colectores de aguas residuales y las actuaciones adecuadas relacionadas con la depuración de aguas residuales; la compactación y la nivelación de terrenos destinados a calles o vías, abarcando el paso peatonal, y las redes de suministro y distribución de agua, de energía eléctrica y de conexión a las redes de telecomunicaciones. Si el proyecto de urbanización hace referencia sólo a las obras de urbanización básicas, hay que completarlo posteriormente con uno o diversos proyectos de urbanización complementarios.

“3. Los proyectos de urbanización no pueden modificar las determinaciones del planeamiento que ejecutan.

“4. La documentación de los proyectos de urbanización debe comprender una memoria descriptiva de las características de las obras, el plano de situación debidamente referenciado y los planos de proyecto y de detalle, el pliego de prescripciones técnicas, las mediciones, los cuadros de precios, el presupuesto y el plan de etapas. Cuando el proyecto de urbanización comprende sólo las obras de urba-

ceptos técnicos urbanísticos, cuya precisión y ordenación nos la da el ordenamiento jurídico urbanístico de la correspondiente comunidad autónoma a cuyo tenor debe efectuarse la oportuna remisión.

Las dificultades expuestas en el apartado precedente en materia de actuaciones en suelo no urbanizable especialmente protegido por la ordenación urbanística y en materia de sistemas locales son igualmente detectables en estos supuestos, si bien si el régimen puede considerarse en su caso desde la perspectiva de las infracciones en materia de división o segregación de terrenos la mejor técnica empleada en esos casos podría paliar en cierto punto los defectos de esas dificultades si bien genera otros problemas técnicos como se irá viendo.³⁵

4.3. La vulneración en cualquier clase de suelo de los parámetros imperativos establecidos por el planeamiento urbanístico relativos a densidad de viviendas, número de establecimientos, techo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las fincas o las parcelas

Las infracciones de los parámetros imperativos relativos a densidad de viviendas, número de establecimientos, techo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las fincas o las parcelas, son realmente materia a delimitar y a establecer por el planeamiento urbanístico, lo cual no obsta a que existan disposiciones legales al respecto.

En esta última vertiente para los casos de ausencia de planeamiento general y por lo que hace referencia al número de plantas y altura de las edificaciones, procede traer a colación la disposición transitoria cuarta del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

nización básicas, tiene que establecer unos criterios y un presupuesto orientativo de las otras obras y gastos de urbanización, sin perjuicio que los proyectos de urbanización complementarios los concreten.”

33. Baste a los presentes efectos la cita, por todos, del artículo 1.2 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, que muestra la relevancia y trascendencia de los usos del suelo como materia urbanística que tanto tiene que ver con los intereses jurídico-públicos urbanísticos:

“2. El urbanismo es una función pública que comprende la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, del subsuelo y del vuelo, su urbanización y su edificación, y la regulación del uso, de la conservación y de la rehabilitación de las obras, los edificios y las instalaciones.”

34. Véase la nota anterior en los particulares referentes al subsuelo y además téngase presente lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“Disposición transitoria cuarta. Supuestos de ausencia de planeamiento general.

“1. En los supuestos de ausencia de planeamiento general, el suelo se clasifica en suelo urbano y no urbanizable. El suelo urbano comprende los núcleos de población existentes que tienen los servicios urbanísticos básicos definidos por el artículo 26.1 o que se integran en áreas consolidadas por la edificación de al menos dos terceras partes de su superficie edificable.

“2. En el supuesto a que hace referencia el apartado 1, las nuevas edificaciones comprendidas en el ámbito del suelo urbano no pueden tener más de tres plantas ni superar en altura el promedio de la de las edificaciones vecinas, sin perjuicio de otras limitaciones que sean aplicables.”

Pues bien, sin obviar el tan acentuado casuismo que dispensan las figuras de planeamiento en esta temática, interesa relacionar los tipos infractores muy graves, graves y leves que en el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, pivotan en la vulneración porcentual que se indica en los siguientes preceptos:

“Artículo 205. Infracciones urbanísticas muy graves.

“[...]

“c) La vulneración, en más de un 30%, en cualquier clase de suelo, de los parámetros imperativos establecidos por el planeamiento urbanístico relativos a densidad de viviendas, número de establecimientos, techo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las fincas o las parcelas.”

“Artículo 206. Infracciones urbanísticas graves.

“[...]

“c) La vulneración, en más de un 10% y hasta un 30%, en cualquier clase de suelo, de los parámetros imperativos a que hace referencia el artículo 205.c).”

“Artículo 39. Régimen urbanístico del subsuelo.

“1. El subsuelo es regulado por el planeamiento urbanístico y resta sometido a las servidumbres administrativas necesarias para la prestación de servicios públicos o de interés público, siempre y cuando estas servidumbres sean compatibles con el uso del inmueble privado sirviente de acuerdo con el aprovechamiento urbanístico atribuido. De otro modo, hay que proceder a la expropiación correspondiente.

“2. El uso del aprovechamiento urbanístico y la implantación de infraestructuras en el subsuelo están condicionados en cualquier caso a la preservación de riesgos, y también a la protección de los restos arqueológicos de interés declarado y de los acuíferos clasificados, de acuerdo con la legislación sectorial respectiva.”

35. Debe efectuarse la oportuna remisión a lo que se dirá en materia de infracciones de división y segregación de terrenos –artículos 205.d), 206.f) y 207.a) del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

“Artículo 207. Infracciones urbanísticas leves.

[...]

“c) La vulneración, hasta un 10%, en cualquier clase de suelo, de los parámetros imperativos a que hace referencia el artículo 205.c).”

4.4. La división o segregación de terrenos

La legislación urbanística de Cataluña define como infracción la división o segregación de terrenos en razón a la clasificación urbanística de los mismos. Así como infracción muy grave si se actúa en suelo no urbanizable objeto de algún régimen de protección especial, como infracción grave si se realizan esas operaciones en suelo no urbanizable que no sea objeto de algún régimen de protección especial o bien en suelo urbanizable no delimitado y como infracción leve si se realiza en suelo urbanizable delimitado o en suelo urbano. El tenor de los tipos infractores es el siguiente:

“Artículo 205. Infracciones urbanísticas muy graves:

[...]

“d) La división o la segregación de terrenos en suelo no urbanizable objeto de algún régimen de protección especial, en contra de las determinaciones de esta ley.”

“Artículo 206. Infracciones urbanísticas graves.

[...]

“f) La división o la segregación de terrenos en suelo no urbanizable que no sea objeto de ningún régimen de protección especial, o bien en suelo urbanizable no delimitado, en contra de las determinaciones de esta ley.”

“Artículo 207. Infracciones urbanísticas leves.

“Son infracciones urbanísticas leves:

“a) El incumplimiento, en suelo urbano y en suelo urbanizable delimitado, de las determinaciones urbanísticas sobre régimen de indivisibilidad de fincas y [...]”

Ciertamente, la técnica empleada evita la existencia de supuestos no previstos, ya que se comprenden todas las situaciones posibles desde la perspectiva de las clasificaciones de suelo reconocidas en el Derecho Urbanístico de Cataluña.

No obstante, la dificultad de los supuestos que se presentan radica en la adecuada y necesaria diferen-

ciación de los casos de división o segregación con los casos que se han expuesto precedentemente para los casos de parcelación ilegal, generándose una problemática ciertamente compleja habida cuenta que como se ha expuesto en materia de infracciones de parcelación urbanística se prevé como infracción grave las parcelaciones urbanísticas ilegales en suelo urbanizable delimitado y en suelo urbano –artículo 206.b) del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña–,³⁶ cuando para las divisiones y segregaciones ilegales la cualidad de la infracción es de infracción leve –artículo 207.a) del meritado texto legal.

En este punto y en todo caso procede añadir que la legislación de Cataluña describe la indivisibilidad de parcelas y fincas en el artículo 188 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, del siguiente modo:

“Artículo 188. Indivisibilidad de parcelas y fincas.

“1. Son indivisibles:

“a) Las parcelas que el planeamiento urbanístico correspondiente determine como mínimas de cara a la constitución de fincas independientes.

“b) Las parcelas la dimensión de las cuales sea igual o menor a la determinada como mínima en el planeamiento urbanístico, excepto si los lotes resultantes son adquiridos por los propietarios o propietarias de terrenos contiguos, con la finalidad de agruparlos y formar una nueva finca.

“c) Las parcelas la dimensión de las cuales sea menor que el doble de la superficie determinada como mínima en el planeamiento urbanístico, salvo que el exceso sobre el mínimo mencionado se pueda segregar con la finalidad especificada por la letra b).

“d) Las parcelas edificables en una proporción determinada de volumen en relación con su área cuando se construya el volumen correspondiente a toda la superficie, o bien, en el supuesto de que se edifique en una proporción menor, la parte restante, si fuese inferior a la parcela mínima, con las excepciones indicadas por la letra c).

“e) Las fincas en suelo no urbanizable la dimensión de las cuales sea inferior al doble de las mínimas de cultivo³⁷ o de producción forestal³⁸ definidas

36. El artículo 206.b) del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, dispone:

“Artículo 206. Infracciones urbanísticas graves.

[...]

“b) El incumplimiento, en suelo urbano y en suelo urbanizable delimitado, de las determinaciones urbanísticas sobre urbanización, usos del suelo y del subsuelo y parcelación urbanística.”

37. A los efectos de la unidad mínima de cultivo en Cataluña, téngase presente el Decreto 169/1983, de 12 de abril, sobre unidades mínimas de cultivo, modificado por los decretos 82/1985, de 21 de marzo, 297/1988, de 27 de julio, y 97/1997, de 15 de abril.

38. A los efectos de la unidad mínima forestal, téngase presente el Decreto 35/1990, de 25 de enero, por el que se fija la unidad mínima forestal.

para cada ámbito territorial, salvo de la aplicabilidad de las excepciones indicadas por las letras b) y c), si procede.

"2. La indivisibilidad de las fincas se debe hacer constar en las escrituras y los otros documentos públicos de segregación, agrupación o transmisión de fincas, y también en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con la legislación aplicable.

"3. En los supuestos especificados por las letras b), c) y e) del apartado 1, la eficacia de las operaciones de segregación se condiciona a la formalización simultánea o sucesiva en escritura pública de las operaciones de agrupación."

4.5. Talas o el abatimiento de árboles

El interés jurídico urbanístico en Cataluña para las talas o el abatimiento de árboles ya desde la Ley 9/1981, de 12 de noviembre, de protección de la legalidad urbanística, se sigue manteniendo según nos hallemos ante supuestos protegidos por el planeamiento urbanístico que comporten la desaparición de espacios boscosos o de arboledas –infracción muy grave– o no –infracción grave– o ante conductas meramente sin licencia si lo exige el planeamiento urbanístico o las ordenanzas municipales –infracción leve–, en los siguientes términos:

"Artículo 205. Infracciones urbanísticas muy graves.

"Son infracciones urbanísticas muy graves:

"[...]

"b) La tala o el abatimiento de árboles que comporte la desaparición de espacios boscosos o de arboledas protegidos por el planeamiento urbanístico."

"Artículo 206. Infracciones urbanísticas graves.

"[...]

"e) La tala o el abatimiento de árboles integrantes de espacios boscosos o de arboledas protegidos por el planeamiento urbanístico que no comporte la desaparición de estos espacios o arboledas."

"Artículo 207. Infracciones urbanísticas leves.

"Son infracciones urbanísticas leves:

"[...]

"g) La tala o el abatimiento de árboles sin la licencia urbanística correspondiente, si lo exigen el planeamiento urbanístico o las ordenanzas municipales."

4.6. Incumplimiento del deber de conservación de terrenos, urbanizaciones, edificaciones, rótulos e instalaciones en general

El deber de conservación, junto al deber de uso y de rehabilitación, en toda clase de terrenos, construcciones e instalaciones se prescribe en el artículo 189 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002,

de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, en los siguientes términos:

"Artículo 189. Deberes legales de uso, conservación y rehabilitación y órdenes de ejecución.

"1. Las personas propietarias de toda clase de terrenos, construcciones e instalaciones deben cumplir los deberes de uso, conservación y rehabilitación establecidos por esta ley, por la legislación aplicable en materia de régimen de suelo y por la legislación sectorial. Están incluidas en estos deberes la conservación y la rehabilitación de las condiciones objetivas de habitabilidad de las viviendas.

"2. Las personas propietarias o la Administración deben sufragar el coste derivado de los deberes a que se refiere el apartado 1, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y teniendo en cuenta el exceso sobre el límite de los deberes de las personas propietarias cuando se trate de obtener mejoras de interés general.

"3. Los ayuntamientos tienen que ordenar de oficio o a instancia de cualquier persona interesada la ejecución de las obras necesarias para conservar las condiciones a que se refiere el apartado 1. Las órdenes de ejecución deben ajustarse a la normativa de régimen local, con observancia siempre del principio de proporcionalidad administrativa y con la audiencia previa de las personas interesadas.

"4. El incumplimiento injustificado de las órdenes de ejecución a que hace referencia el apartado 3 habilita a la Administración para adoptar cualquiera de las medidas de ejecución forzosa siguientes:

"a) La ejecución subsidiaria a cargo de la persona obligada.

"b) La imposición de multas coercitivas, de acuerdo con lo establecido por el artículo 217.2, que se puede reiterar hasta que se cumpla la obligación de conservación.

"5. El incumplimiento de la orden de ejecución a que hace referencia el apartado 3 habilita a la Administración, asimismo, a incluir la finca en el Registro Municipal de Solares sin Edificar, a los efectos de lo que establecen el artículo 171 y los artículos concordantes."

A partir de esa regulación, cuando se dirige la atención al Derecho Sancionador Urbanístico debe constatare que sólo se contempla el incumplimiento del deber de conservación bien para condiciones de seguridad –infracción grave– bien para condiciones de salubridad o decoro público –infracción leve– en los siguientes términos:

"Artículo 206. Infracciones urbanísticas graves.

"Son infracciones urbanísticas graves:

"[...]

"d) El incumplimiento del deber de conservación de terrenos, urbanizaciones, edificaciones, rótulos

e instalaciones en general, en condiciones de seguridad.”

“Artículo 207. Infracciones urbanísticas leves.

“Son infracciones urbanísticas leves:

“[...]

“d) El incumplimiento del deber de conservación de los terrenos, las urbanizaciones, las edificaciones, los rótulos y las instalaciones en general en condiciones de salubridad y decoro público.”

Siendo ello así, al contemplarse como infracción las conductas relativas al deber de conservación sin añadir los deberes de uso y de rehabilitación, en la primera vertiente, debe efectuarse la oportuna remisión, en su caso, a las infracciones sobre uso de suelo –artículos 205.a), 206.a) y b) y 207.b).1 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña– y, en la segunda vertiente, queda planteada la problemática de si puede alcanzarse su adecuada tipificación en razón a poderse considerar la rehabilitación a efectos sancionadores como labor de conservación.

4.7. Infracción grave: operaciones que tengan por objeto la constitución de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente

Especial mención procede hacer sobre la incisiva previsión infractora para las operaciones que tengan por objeto la constitución de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente si se efectúan en contra de las determinaciones del planeamiento urbanístico, o bien sin licencia urbanística previa o bien en contra de la licencia otorgada, que se constituye como infracción grave en los siguientes términos:

“Artículo 206. Infracciones urbanísticas graves.

“Son infracciones urbanísticas graves:

“[...]

“g) Los supuestos tipificados por los artículos [...] y 210.1.”

“Artículo 210. Operaciones que tengan por objeto la constitución de elementos privativos.

39. Para la comunicación previa debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 179 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, en cuanto prescribe:

“Artículo 179. Actos sujetos a licencia.

“1. Están sujetos a la licencia urbanística previa, en los términos establecidos por esta ley, por el planeamiento urbanístico y por las ordenanzas municipales, todos los actos de transformación o utilización del suelo o del subsuelo, de edificación, de construcción o de derribo de obras.

“2. Restan sujetos a la licencia urbanística las actuaciones siguientes:

“a) Las parcelaciones urbanísticas.

“1. La constitución de un régimen de propiedad horizontal o de un complejo inmobiliario privado, o su modificación cuando comporte un incremento del número de viviendas o de establecimientos, y también las operaciones que tengan por objeto constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente de los que se hayan hecho constar en una declaración de obra nueva precedente, se tipifican como infracción urbanística grave si se efectúan en contra de las determinaciones del planeamiento, o bien sin licencia urbanística previa, de acuerdo con lo establecido por el artículo 179.2.r), o bien en contra de la licencia otorgada.”

4.8. Otras infracciones leves

Como otras infracciones leves urbanísticas procede dejar oportuna constancia de las siguientes:

“Artículo 207. Infracciones urbanísticas leves.

“Son infracciones urbanísticas leves:

“[...]

“f) Los actos de propaganda de urbanizaciones, por medio de anuncios, carteles, vallas publicitarias, folletos o cartas, por medios informáticos o por cualquier otro sistema de divulgación o difusión que no expresen los datos referentes a la aprobación del instrumento de planeamiento correspondiente o que incluyan indicaciones susceptibles de inducir a error a los consumidores.

“h) La ejecución de actos legalizables de acuerdo con el planeamiento vigente sin tener el correspondiente título administrativo habilitante.

“i) El supuesto tipificado por el artículo 204.3.”

“Artículo 204. Actuaciones que vulneran el ordenamiento jurídico.

“[...]

“3. Constituye una infracción urbanística leve la ejecución de actuaciones que requieren una comunicación previa en sustitución de la licencia urbanística³⁹ si se llevan a término sin haberla presentada o bien sin respetar el contenido de la comunicación.”

“b) Las obras de construcción y de edificación de nueva planta, y las de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios, construcciones e instalaciones ya existentes. En estos casos, las licencias deben contener necesariamente la previsión del número de viviendas o de establecimientos.

“c) La demolición total o parcial de las construcciones y las edificaciones.

“d) Las obras puntuales de urbanización no incluidas en un proyecto de urbanización.

“e) La primera utilización y ocupación, y el cambio de uso, de los edificios y de las instalaciones.

“f) Los movimientos de tierra y las obras de desmontaje o explotación en cualquier clase de suelo.

4.9. Especial consideración de la legalización efectiva

El ordenamiento jurídico urbanístico de Cataluña tiene dos supuestos francamente favorables para el presunto infractor en orden a la calificación de la infracción cometida: el tratamiento favorable de la legalización efectiva y el de la restauración voluntaria de la realidad física o jurídica alterada,⁴⁰ que a poco que se detenga la atención despliegan una eficacia que va mucho más allá de lo establecido en el artículo 340 del Código Penal.⁴¹

Centrando el examen en la legalización efectiva, debe destacarse que de concurrir ese supuesto, con sus exigencias, la calificación del caso deberá ser de infracción leve a sancionar con la cuantía máxima si se trata de supuestos comprendidos en el artículo 205 como infracciones muy graves, en la cuantía media si se trata de supuestos comprendidos en el

artículo 206 como infracciones graves y en su cuantía mínima en los supuestos del artículo 207 manteniendo su calificación de infracción leve.

Es así que los artículos 207.e) y 208 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, disponen:

“Artículo 207. Infracciones urbanísticas leves.

“Son infracciones urbanísticas leves:

“[...]”

“e) Los actos a que hacen referencia los artículos 205 y 206 que sean legalizables y se ajusten a lo que establece el artículo 208.”

“Artículo 208. Infracciones urbanísticas leves por legalización efectiva.

“1. Los actos tipificados como infracciones graves o muy graves por los artículos 205 y 206 que sean legalizables constituyen infracción urbanística leve si, antes

“g) La autorización de obras y usos de manera provisional, de acuerdo con lo establecido por esta ley.

“h) La extracción de áridos y la explotación de canteras.

“i) La acumulación de residuos y el depósito de materiales que alteren las características del paisaje.

“j) La construcción o la instalación de muros y vallas.

“k) La apertura, la pavimentación y la modificación de caminos rurales.

“l) La instalación de casas prefabricadas e instalaciones similares, sean provisionales o permanentes.

“m) La instalación de invernaderos o instalaciones similares.

“n) La tala de masas arbóreas, de vegetación arbustiva o de árboles aislados, en los supuestos en que lo exija el planeamiento urbanístico.

“o) La colocación de carteles y vallas de propaganda visibles desde la vía pública.

“p) Las instalaciones y las actuaciones que afecten el subsuelo.

“q) La instalación de líneas eléctricas, telefónicas u otros de similares y la colocación de antenas o dispositivos de telecomunicaciones de cualquier tipo.

“r) La constitución de un régimen de propiedad horizontal o bien de un complejo inmobiliario privado, o su modificación cuando comporte un incremento del número de viviendas o establecimientos, y también las operaciones que tengan por objeto constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente de los que se hayan hecho constar en una declaración de obra nueva precedente. No es precisa la licencia si la licencia de obras ya contiene el número de departamentos individuales susceptibles de aprovechamiento independiente.

“s) Todas las otras actuaciones en que lo exijan el planeamiento urbanístico o las ordenanzas municipales.

“3. No están sujetos a la licencia urbanística las obras de urbanización previstas en los planes y los proyectos debidamente aprobados, ni las parcelaciones o la división de fincas incluidas en un proyecto de reparcelación.

“4. Las ordenanzas municipales, en los términos establecidos por la normativa de régimen local y en función de la entidad de las obras o las actuaciones a realizar, pueden sustituir la necesidad de obtener la licencia urbanística por una comunicación previa de la persona interesada a la Administración municipal. Las licencias se otorgan sin perjuicio del resto de autorizaciones que sean preceptivas de acuerdo con la legislación de régimen local o sectorial.”

Igualmente téngase presente la regulación reglamentaria de los artículos 96 y 97 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales:

“Artículo 96. Sustitución de la licencia.

“96.1 Las ordenanzas municipales, salvo que una disposición legal establezca lo contrario, podrán sustituir la necesidad de obtención de licencia por una comunicación previa, por escrito, del interesado a la Administración municipal, para la ejecución de determinadas obras para las cuales no sea necesaria la presentación de proyecto o para el ejercicio de actividades no clasificadas y otras actuaciones que prevean las ordenanzas.

“96.2. A la comunicación se acompañará la documentación que las ordenanzas determinen, para su debida comprobación.”

“Artículo 97. Procedimiento.

“97.1. Si en el plazo de un mes a contar de la presentación de la comunicación, la Administración no manifiesta de forma motivada su disconformidad, la actuación comunicada quedará legitimada y podrá realizarse, siempre que sea conforme con la normativa aplicable.

“97.2. Durante dicho plazo la Administración requerirá, en su caso, al titular de las obras o de la actividad a los siguientes efectos:

“a) Para que subsane las deficiencias observadas en la documentación presentada.

“b) Para su adaptación a la normativa aplicable, impidiendo la ejecución de las obras o el ejercicio de la actividad hasta que haya obtenido la preceptiva licencia, cuyo otorgamiento se sujetará al procedimiento que establecen los artículos 75 y siguientes de este Reglamento.

“97.3. En los supuestos anteriores, la notificación del requerimiento al interesado suspenderá el cómputo del plazo señalado en el apartado 1.”

40. Sobre la concurrencia a la vez de supuestos de legalización efectiva y de restauración voluntaria de la realidad física o jurídica alterada, véase el epígrafe siguiente.

41. El artículo 340 del Código Penal dispone:

“Artículo 340.

“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.”

de que recaiga la resolución sancionadora en el procedimiento correspondiente, los presuntos infractores han instado en la forma debida, ante la Administración competente, la legalización, y ésta se ha aprobado o autorizado.

"2. A los efectos de lo que determina el apartado 1, la tramitación del expediente de protección de la legalidad urbanística se suspende una vez se acredita ante el instructor o instructora que se ha presentado la solicitud de legalización, hasta que esta solicitud se resuelva, con interrupción de los plazos de caducidad y de prescripción.

"3. Las divisiones o las segregaciones de terrenos que, en cualquier clase de suelo, estén faltas de la declaración previa que la licencia de parcelación es innecesaria, se entiende que quedan legalizadas si se pide y se obtiene dicha declaración.

"4. A los efectos de lo que establece el apartado 1, las sanciones procedentes por infracción leve se aplican a la cuantía máxima si se trata de supuestos regulados por el artículo 205 y en la cuantía media si se trata de supuestos regulados por el artículo 206.

"5. En los supuestos regulados por el artículo 207, si los actos son legalizables y se cumplen las determinaciones que establece el apartado 1, se aplica la sanción en la cuantía mínima."

No debe devaluarse la trascendencia que tiene sujetarse a las exigencias de ese tratamiento favorable que cabe sintetizar en el sentido de que debe instarse la legalización –resultando improcedente admitir una suerte de innumerables, indeterminadas y sucesivas legalizaciones posteriores– ante la Administración competente antes de que recaiga la resolución sancionadora en el procedimiento corres-

pondiente y que esta legalización se haya aprobado o autorizado.

En principio cabe entender que la legalización puede producirse en cualquier supuesto que en Derecho Administrativo proceda y por lo que hace referencia a la posible concurrencia del silencio administrativo en el trámite de legalización debe indicarse que en materia de silencio administrativo en sede de licencias urbanísticas la doctrina jurisprudencial de la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia número 7, de 22 de abril de 2005, se establece en los siguientes términos:⁴²

"Estimem el recurs de cassació en interès de llei interposat per l'Ajuntament de Barcelona contra la sentència núm. 139/2004, de 14 de setembre de 2004, dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu núm. 13 de Barcelona, i respectant la situació jurídica que d'ella es deriva, establim com a doctrina legal la següent:

"Que el que disposa l'article 5.2⁴³ de la Llei 2/2002, de 14 de març, d'urbanisme constitueix una regla especial de l'ordenament sectorial urbanístic permeable per l'article 43.2⁴⁴ de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, que exceptua dels efectes positius del silenci administratiu aquells supòsits en què una norma amb rang de llei estableixi el contrari, de manera que el sentit positiu del silenci mencionat en matèria de llicències urbanístiques, a què fa referència l'article 180.2⁴⁵ de la Llei 2/2002 esmentada, només es produeix quan el que s'ha sol·licitat s'ajusta a la legislació i al planejament urbanístic."

42. Nótese que la doctrina establecida igualmente es aplicable al Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, al resultar de idéntico contenido sus artículos 5.2 y 180.2.

43. El artículo 5.2 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, como con posterioridad establece el artículo 5.2 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, dispone:

"Artículo 5. Ejercicio del derecho de propiedad.

"[...]

"2. En ningún caso no se pueden considerar adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan a esta ley o al planeamiento urbanístico."

44. El artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, dispone:

"2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el

artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio."

No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

45. El artículo 180.2 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, como con posterioridad establece el artículo 180.2 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, dispone:

"2. La competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo que establece la legislación de régimen local. El sentido positivo del silencio administrativo en esta materia se entiende sin perjuicio de lo que dispone el artículo 5.2 y en el marco de lo que establece la legislación aplicable sobre procedimiento administrativo común."

En todo caso, mientras se tramita esa legalización resulta importante detener la atención en los efectos que se producen en relación con el propio procedimiento sancionador –se suspende una vez se acredita ante el instructor o instructora que se ha presentado la solicitud de legalización, hasta que esta solicitud se resuelva–, y en sede de caducidad y prescripción cuyos plazos se interrumpen.⁴⁶

4.10. Especial consideración de la restauración voluntaria de la realidad física o jurídica alterada

Igualmente favorable para el sujeto infractor es el tratamiento de la restauración voluntaria de la realidad física o jurídica alterada, si bien de forma no tan acusada como para la legalización efectiva. En este caso, si se trataba de una infracción muy grave del artículo 205, la calificación a actuar debe ser la de infracción grave con una sanción de cuantía media entre el grado mínimo y el medio. Si se trataba de una infracción grave del artículo 206, se mantiene esa calificación de infracción grave pero con una sanción en el grado mínimo, y si concurría una infracción leve del artículo 206, todos ellos del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, manteniendo esa calificación la sanción aplicable debe ser impuesta en el grado medio.

Es así que los artículos 206.g) y 209 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, disponen:

“Artículo 206. Infracciones urbanísticas graves.

“Son infracciones urbanísticas graves:

“[...]”

“g) Los supuestos tipificados por el artículo 209.1.”

“Artículo 209. Restauración voluntaria de la realidad física o jurídica alterada.

“1. Los actos tipificados como infracciones muy graves por el artículo 205 que no sean legalizables constituyen infracción urbanística grave si las personas presuntamente infractoras proceden a la restauración de la realidad física o jurídica al estado anterior a la alteración, mediante las operaciones materiales o jurídicas pertinentes.

“2. En el supuesto regulado por el apartado 1, se aplica la sanción de cuantía media entre el grado mínimo y el medio.

“3. A los efectos de lo que determina el apartado 1, la decisión de proceder a la restauración de la reali-

dad física o jurídica alterada debe acreditarse antes de la resolución del procedimiento correspondiente y se debe garantizar, de acuerdo con lo que sea determinado por reglamento, en una cuantía no inferior al 50% del presupuesto de restauración.

“4. Una vez acreditada la decisión de proceder a la restauración de la realidad física o jurídica alterada, se suspende la tramitación del expediente, tal y como establece el artículo 208.2.

“5. Las actuaciones materiales que se precisen ejecutar para la restauración de la situación física o jurídica alterada deben ser autorizadas con esta finalidad exclusiva.

“6. Lo que establece este artículo se aplica también a las infracciones tipificadas como graves y leves por los artículos 206 y 207. En el supuesto de infracción grave es aplicable la sanción en el grado mínimo, y en el supuesto de infracción leve es aplicable la sanción en el grado medio.”

El desarrollo reglamentario de ese supuesto se contiene en el artículo 276 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, en los siguientes términos:

“Artículo 276. Restauración voluntaria de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado.

“276.1. Procede acordar la suspensión del procedimiento de protección de la legalidad urbanística que pueda dar lugar a la adopción del acuerdo de restauración y a la imposición de sanciones, de acuerdo con lo establecido por el artículo 209 de la Ley de urbanismo, si la persona interesada, antes de que sea firme en vía administrativa la resolución por la que se establecen las medidas de restauración y las sanciones correspondientes, da cumplimiento a los requisitos siguientes:

“a) Si expresa la decisión de proceder a la restauración voluntaria y acredita que ha solicitado las licencias o autorizaciones adecuadas para ejecutar las medidas de restauración de la realidad física alterada o del orden jurídico infringido, con la documentación correspondiente.

“b) Si constituye una garantía en cuantía no inferior al 50% del presupuesto de restauración ante la Administración que instruye el procedimiento de protección de la legalidad, mediante alguna de las formas admitidas por la legislación de contratos de las administraciones públicas.

“c) Si presenta la documentación y la garantía a qué se refieren los apartados anteriores antes de que se

46. Para evitar innecesarias repeticiones en materia de cómputo del plazo prescriptivo para los supuestos de legalización efectiva debe efectuarse la oportuna remisión al epígrafe final de este traba-

jo y al artículo 219.7 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

acuerde y notifique a la persona interesada la resolución del procedimiento de protección de la legalidad urbanística.

“276.2. La suspensión no afecta la ejecutividad de las medidas cautelares que se hayan acordado.

“276.3. Cuando la Administración de la Generalidad ejerza la competencia de protección de la legalidad urbanística, la acreditación a que se refiere el apartado 1.a) de este artículo debe realizarse mediante un certificado de la Administración competente para resolver sobre la solicitud de la licencia o autorización, que indique la fecha de presentación de la solicitud y si ésta reúne los requisitos para ser admitida a trámite, sin perjuicio de cuál sea la resolución definitiva del procedimiento.

“276.4. La efectiva restauración de la realidad física o jurídica al estado anterior a la alteración produce los efectos que prevén los apartados 1, 2 y 6 del artículo 209 de la Ley de urbanismo.”

En todo caso, no se prevé el supuesto de que en un mismo supuesto concorra tanto la legalización parcial de lo construido o edificado como una restauración voluntaria de la realidad física o jurídica parcial que no pueda legalizarse –así para los casos, por lo demás tan frecuentes, en que lo edificado o construido sea en parte legalizable y en parte no legalizable o manifiestamente ilegalizable–, lo que va planteando problemas de aplicación habida cuenta de la tesis común de los presuntos infractores que tratan de acumular los dos tratamientos favorables y no concurre la total e íntegra legalización de lo construido o edificado, si bien puede concurrir total e íntegra restauración voluntaria de la realidad física o jurídica alterada.⁴⁷

5. Personas responsables a los efectos del régimen sancionador urbanístico

La determinación de las personas responsables a los efectos del Derecho Sancionador Urbanístico de Cataluña se comprende en los artículos 213 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, y 280 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba

el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, del siguiente modo:

“Artículo 213. Personas responsables a los efectos del régimen sancionador.

“1. Son personas responsables, a los efectos del régimen sancionador regulado por esta ley, todas las personas físicas o jurídicas que incurran en infracción urbanística con las conductas, las obras y las actuaciones respectivas o bien mediante el incumplimiento de sus obligaciones o de las órdenes de las cuales sean destinatarias.

“2. Al efecto de la responsabilidad por infracción urbanística, se consideran personas promotoras los agentes, los gestores o los impulsores de la actuación, si no son las personas propietarias.

“3. En las obras que se ejecuten sin licencia o con inobservancia de las cláusulas de ésta, tienen que ser sancionados, con las multas que determina esta ley, las personas propietarias, promotoras, constructoras, o empresarias de las obras y las personas técnicas directoras de la ejecución de éstas.

“4. Los agentes responsables se determinan de acuerdo con las definiciones utilizadas por la legislación sobre ordenación de la edificación.

“5. Las multas que se impongan a sujetos diferentes como consecuencia de una misma infracción tienen entre ellas carácter independiente, salvo el supuesto en que la obligación prevista legalmente corresponda a diversas personas conjuntamente, las cuales tienen que responder solidariamente⁴⁸ de las infracciones que cometan y de las sanciones que se les impongan.”

“Artículo 280. Personas responsables a los efectos del régimen sancionador.

“280.1. Todas las personas físicas o jurídicas que incurran en infracción urbanística con sus acciones u omisiones, de acuerdo con lo establecido por el artículo 213.1 de la Ley de urbanismo, son responsables, a los efectos del régimen sancionador regulado por el ordenamiento urbanístico, incluso a título de simple inobservancia.

“280.2. Pueden ser responsables, en función de su grado de intervención en la comisión de la infracción urbanística, los agentes de la edificación, que se defi-

47. Para evitar innecesarias repeticiones en materia de cómputo del plazo prescriptivo para los supuestos de restauración voluntaria, debe efectuarse la oportuna remisión al epígrafe final de este trabajo y al artículo 219.7 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

48. Téngase presente el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común –junto con la doctrina establecida al respecto–, del siguiente tenor:

“3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

“Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.”

nen como todas las personas, físicas o jurídicas, que intervengan en el proceso de edificación, de acuerdo con la legislación aplicable sobre ordenación de la edificación.

“A tales efectos, se consideran promotores los agentes, los gestores o los impulsores de la actuación en el suelo, sobre el cual o bajo el cual se efectúe o se hubiese efectuado la infracción, si no son las personas propietarias.

“280.3. Las personas jurídicas serán sancionadas por las infracciones en las cuales incurran por deci-

sión de sus órganos, o bien por la actuación de sus agentes, sin perjuicio que asuman también el coste de las medidas de reparación y, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.”

Dejando de lado otras perspectivas constitucionales y legales generales más propias de otros trabajos, interesa destacar que ineludiblemente debe tenerse muy presente la remisión efectuada a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación –con sus modificaciones.⁴⁹

49. Así, interesa dejar oportuna constancia de lo dispuesto en los artículos 8 a 16 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación:

“Artículo 8. Concepto.

“Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención.”

“Artículo 9. El promotor.

“1. Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.

“2. Son obligaciones del promotor:

“a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él.

“b) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo.

“c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra.

“d) Suscribir los seguros previstos en el artículo 19.

e) Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las administraciones competentes.”

“Artículo 10. El proyectista.

“1. El proyectista es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto.

“Podrán redactar proyectos parciales del proyecto, o partes que lo complementen, otros técnicos, de forma coordinada con el autor de éste.

“Cuando el proyecto se desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos según lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley, cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto.

“2. Son obligaciones del proyectista:

“a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico redactor del proyecto que tenga la titulación profesional habilitante.

“Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto.

“Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo b) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

“Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios comprendidos en el grupo c) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

“Idénticos criterios se seguirán respecto de los proyectos de obras a las que se refieren los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 2 de esta ley.

“En todo caso y para todos los grupos, en los aspectos concretos correspondientes a sus especialidades y competencias específicas, y en particular respecto de los elementos complementarios a que se refiere el apartado 3 del artículo 2, podrán asimismo intervenir otros técnicos titulados del ámbito de la arquitectura o de la ingeniería, suscribiendo los trabajos por ellos realizados y coordinados por el proyectista. Dichas intervenciones especializadas serán preceptivas si así lo establece la disposición legal reguladora del sector de actividad de que se trate.

“b) Redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

“c) Acordar, en su caso, con el promotor la contratación de colaboraciones parciales.”

“Artículo 11. El constructor.

“1. El constructor es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.

“2. Son obligaciones del constructor:

“a) Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.

“b) Tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor.

“c) Designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica del constructor en la obra y que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra.

“d) Asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera.

6. Las sanciones urbanísticas. Su percepción y destino

La cuantía establecida para las sanciones urbanísticas en el ordenamiento jurídico de Cataluña sigue pivotando en el principio de neutralizar el beneficio obtenido por los infractores y a su vez señalando unos importes que se recogen en el artículo 211 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, en los siguientes términos:

“e) Formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato.

“f) Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra.

“g) Facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada.

“h) Suscribir las garantías previstas en el artículo 19.”

“Artículo 12. El director de obra.

“1. El director de obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto.

“2. Podrán dirigir las obras de los proyectos parciales otros técnicos, bajo la coordinación del director de obra.

“3. Son obligaciones del director de obra:

“a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante.

“En el caso de la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto.

“Cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de las edificaciones indicadas en el grupo b) del apartado 1 del artículo 2, la titulación habilitante, con carácter general, será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

“Cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de las edificaciones indicadas en el grupo c) del apartado 1 del artículo 2, la titulación habilitante será la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

“Idénticos criterios se seguirán respecto de las obras a las que se refieren los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 2 de esta ley.

“b) Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno.

“c) Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de órdenes y asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto.

“d) Elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las dispo-

“Artículo 211. Cuantía de las sanciones.

“1. Las infracciones urbanísticas leves se sancionan con una multa de 300 a 3.000 euros.

“2. Las infracciones urbanísticas graves se sancionan con una multa de 3.001 a 30.000 euros.

“3. Las infracciones urbanísticas muy graves se sancionan con una multa de 30.001 a 1.500.000 euros.

“4. El importe de las sanciones se tiene que incrementar hasta la cuantía del beneficio obtenido por los infractores, si éste es superior.”

siciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto.

“e) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

“f) Elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

“g) Las relacionadas en el artículo 13, en aquellos casos en los que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra sea el mismo profesional, si fuera ésta la opción elegida, de conformidad con lo previsto en el apartado 2.a) del artículo 13.”

“Artículo 13. El director de la ejecución de la obra.

“1. El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.

“2. Son obligaciones del director de la ejecución de la obra:

“a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante.

“Cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto técnico. Será ésta, asimismo, la titulación habilitante para las obras del grupo b) que fueran dirigidas por arquitectos.

“En los demás casos la dirección de la ejecución de la obra puede ser desempeñada, indistintamente, por profesionales con la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico.

“b) Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas.

“c) Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra.

“d) Consignar en el Libro de órdenes y asistencias las instrucciones precisas.

“e) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas.

“f) Colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado.”

“Artículo 14. Las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación.

En todo caso, no deja de tener importancia, de un lado, la determinación de a qué Administración corresponde su percepción y, de otro, el destino que debe darse a los correspondientes importes por sanción urbanística –ahora al patrimonio público de suelo y de vivienda–,⁵⁰ como describe el artículo 215 del meritado texto legal:

“Artículo 215. Percepción de las multas impuestas.

“1. El importe de las multas impuestas tanto por las autoridades locales como por los órganos de la Administración de la Generalidad a propuesta de esas es percibido por los entes locales correspondientes.

“1. Son entidades de control de calidad de la edificación aquéllas capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable.

“2. Son laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación los capacitados para prestar asistencia técnica, mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación.

“3. Son obligaciones de las entidades y de los laboratorios de control de calidad:

“a) Prestar asistencia técnica y entregar los resultados de su actividad al agente autor del encargo y, en todo caso, al director de la ejecución de las obras.

“b) Justificar la capacidad suficiente de medios materiales y humanos necesarios para realizar adecuadamente los trabajos contratados, en su caso, a través de la correspondiente acreditación oficial otorgada por las comunidades autónomas con competencia en la materia.”

“Artículo 15. Los suministradores de productos.

“1. Se consideran suministradores de productos los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción.

“2. Se entiende por producto de construcción aquel que se fabrica para su incorporación permanente en una obra incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o parte de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución.

“3. Son obligaciones del suministrador:

“a) Realizar las entregas de los productos de acuerdo con las especificaciones del pedido, respondiendo de su origen, identidad y calidad, así como del cumplimiento de las exigencias que, en su caso, establezca la normativa técnica aplicable.

“b) Facilitar, cuando proceda, las instrucciones de uso y mantenimiento de los productos suministrados, así como las garantías de calidad correspondientes, para su inclusión en la documentación de la obra ejecutada.”

“Artículo 16. Los propietarios y los usuarios.

“1. Son obligaciones de los propietarios conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que ésta cuente.

“2. Son obligaciones de los usuarios, sean o no propietarios, la utilización adecuada de los edificios o de parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada.”

50. No deja de ser en cierto modo discordante que no se haya previsto ese mismo destino para las multas coercitivas que efecti-

“2. La Administración de la Generalidad percibe el importe de las multas cuando ejerce la potestad sancionadora.

“3. El importe de los ingresos de la Administración en virtud de las sanciones establecidas por esta ley se destina al patrimonio público de suelo y de vivienda.”

7. La graduación de las sanciones

La graduación de las sanciones debe obedecer a los principios reguladores de la potestad sancionadora,⁵¹ y tal cometido se halla comprendido en los dictados del artículo 212 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de

vamente no son sanciones urbanísticas, sino medios de ejecución forzosa, pero que pueden ser de relevancia económica inclusive superior a las sanciones urbanísticas, con lo que ello supone de provocar a la Administración a que siga actuaciones de multa coercitiva en vez de exigir las responsabilidades sancionadoras correspondientes y sin verse sujeto a ese destino de los correspondientes importes. Baste a los presentes efectos dejar constancia de lo dispuesto en el artículo 217 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 217. Multas coercitivas por incumplimiento de las resoluciones de restauración y de otros acuerdos.

“1. Una vez finalizado el plazo determinado para que la persona interesada lleve a cabo las actuaciones de restauración del subsuelo, del suelo o del vuelo al estado anterior a la comisión de la infracción, si estas actuaciones no se han llevado a cabo, la Administración competente tiene que optar, en el plazo máximo de un mes, entre la ejecución subsidiaria o la concesión de un nuevo plazo para que la persona inculpada haga las actuaciones que sean necesarias, y así sucesivamente, y puede imponer multas coercitivas por el incumplimiento de los plazos fijados por una cuantía de 300 a 3.000 euros.

“2. Se pueden imponer multas coercitivas, en los términos fijados por el apartado 1, en los supuestos siguientes:

“a) Incumplimiento de órdenes de ejecución urbanística.

“b) Incumplimiento de órdenes de suspensión de actos de parcelación, de urbanización, de uso del suelo y de edificación.

“c) Incumplimiento de cualquier medida cautelar acordada en materia de protección de la legalidad urbanística.”

51. Especialmente destacable es el contenido del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, del siguiente tenor:

“Artículo 131. Principio de proporcionalidad.

“1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

“3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las administraciones públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerando especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, en la siguiente forma:

“Artículo 212. Graduación de las sanciones.

“Para graduar las sanciones que se tienen que aplicar, además de los criterios incluidos en los principios reguladores de la potestad sancionadora, es preciso atender la gravedad con la que la infracción afecta a los bienes y los intereses protegidos por el ordenamiento urbanístico, la gravedad del riesgo creado, el grado de culpabilidad de cada una de las personas infractoras, la entidad económica de los hechos constitutivos de la infracción y la viabilidad de la legalización de la infracción cometida.”

A su vez, en el artículo 279.4 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, se apunta a las perspectivas generales siguientes:

“279.4. En cualquier caso, la graduación de las sanciones aplicables tiene que responder también a la ponderación de la gravedad del daño con el que la infracción afecta los intereses generales protegidos por el ordenamiento jurídico-urbanístico o a la gravedad del riesgo creado en relación con estos intereses, a la existencia de intencionalidad o reiteración, a la naturaleza de los perjuicios causados, a la reincidencia, y al carácter legalizable o ilegalizable de los hechos constitutivos de infracción.”

En todo caso, debe advertirse que, con anterioridad, también se han relacionado las reglas especiales en materia de legalización efectiva y de restauración voluntaria de la realidad física y jurídica alterada, debiendo efectuarse la oportuna remisión para evitar innecesarias repeticiones –artículos 208 y 209 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

La relación concreta y pormenorizada de las circunstancias a tener en cuenta se comprende en el artículo 279 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, procediendo distinguir entre:

- A) Circunstancias que agravan la responsabilidad.
- B) Circunstancias que atenúan la responsabilidad.
- C) Circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad.
- D) La sanción que debe alcanzar la cuantía del beneficio obtenido.

“a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

“b) La naturaleza de los perjuicios causados.

“c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

7.1. Circunstancias que agravan la responsabilidad

El artículo 279.1 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, establece al respecto:

“279.1. Son circunstancias que agravan la responsabilidad de los infractores:

“a) Prevalecerse de tener la titularidad de un oficio o cargo público, para cometer una infracción en beneficio propio.

“b) La utilización de la violencia y otras formas de coacción contra funcionarios encargados de la protección de la legalidad urbanística.

“c) La falsificación de documentos y la alteración de los supuestos de hecho cuando unos y otros legitimen la actuación urbanística.

“d) El perjuicio causado a terceros, o bien el aprovechamiento de la necesidad de terceras personas.

“e) Causar un perjuicio común a una pluralidad de personas.

“f) El incumplimiento de las órdenes de paralización o ejecución dictadas por la Administración.

“g) Dificultar el ejercicio de la función inspectora de la Administración competente.”

7.2. Circunstancias que atenúan la responsabilidad

El artículo 279.2 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, establece al respecto:

“279.2. Procede atenuar la responsabilidad de los infractores en los supuestos siguientes:

“a) Cuando falte la intención de causar un daño de la entidad que efectivamente se ha causado a los intereses públicos o privados afectados por el hecho ilícito.

“b) Cuando el infractor haya procedido a reparar o disminuir el daño causado antes de la incoación de las actuaciones administrativas de protección de la legalidad urbanística, sin perjuicio de la aplicabilidad, si procede, de lo que establecen los artículos 208 y 209 de la Ley de urbanismo.”

7.3. Circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad

El artículo 279.3 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, establece al respecto:

“279.3 Son circunstancias que pueden agravar o atenuar la responsabilidad de los infractores:

“a) El mayor o menor conocimiento técnico de la actuación, de acuerdo con la profesión o la actividad habitual de los infractores.

“b) La entidad económica de los hechos constitutivos de la infracción y el mayor o menor beneficio económico conseguido, así como la realización del hecho ilícito con o sin la intención de conseguir un beneficio económico.”

7.4. La sanción que debe alcanzar la cuantía del beneficio obtenido

Fundado el régimen sancionador urbanístico en el principio de neutralizar el beneficio obtenido por los infractores en el reiteradamente invocado artículo 279 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, apartados 5 y 6, se dispensan unas reglas singularmente clarificadoras en materia de su cuantificación y fecha de valoración en los siguientes términos:

“279.5. Si de acuerdo con el artículo 211.4 de la Ley de urbanismo se tiene que incrementar el importe de la sanción hasta alcanzar la cuantía del beneficio obtenido por el infractor, porque éste es superior, hay que descontar del beneficio el coste estimado de las actuaciones pertinentes de reposición de los bienes y situaciones a su primitivo estado, sin perjuicio de la liquidación que hay que practicar teniendo en cuenta el coste que finalmente resulte de la ejecución efectiva de estas actuaciones.

“279.6. A efectos de fijar el importe de la sanción, la fecha a considerar para determinar el beneficio obtenido es:

“a) La fecha de finalización de las obras o de cese del uso ilegal, sin perjuicio que si se trata de un uso continuado, la valoración del beneficio hay que referirla a la fecha de formulación del pliego de cargos.

“b) La fecha de otorgamiento de la licencia o de la adopción de la orden de ejecución, en el supuesto de que las obras o actuaciones constitutivas de la infracción hubiesen sido amparadas en licencia u orden de ejecución.”

8. Las infracciones conexas

La legislación urbanística de Cataluña prevé especialmente unas reglas para los casos en que sobre un mismo sujeto se instruya un expediente sancionador por más de una infracción entre las que haya conexión de causa y efecto –artículo 216.1 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña– y el texto regla-

mentario sobre la materia abunda en los casos en que sobre una misma persona se instruya un procedimiento sancionador por un solo hecho constitutivo de dos o más infracciones o cuando una de ellas sea el medio necesario para cometer la otra –artículo 275.1 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña–. El régimen establecido es el siguiente:

“Artículo 216. Infracciones conexas.

“1. En el caso de que sobre un mismo sujeto se instruya un expediente sancionador por más de una infracción entre las que haya conexión de causa y efecto, se le tiene que imponer la sanción que corresponda a la infracción cometida más grave, para la graduación de la cual hay que tener en cuenta el resultado final perseguido y el daño causado.”

“Artículo 275. Disposiciones generales.

“275.1. En el caso de que sobre una misma persona se instruya un procedimiento sancionador por un solo hecho constitutivo de dos o más infracciones o cuando una de ellas sea el medio necesario para cometer la otra, se le tiene que imponer la sanción que corresponda a la infracción cometida más grave, para la graduación de la cual hay que tener en cuenta el resultado final perseguido y el daño causado.”

En todo caso, en los demás supuestos cuando concurren dos o más infracciones urbanísticas deberán imponerse las multas correspondientes a cada una de ellas disponiéndose reglas específicas competenciales en los artículos 216.2 y 3 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, y 275.2 a 4 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, de la siguiente forma:

“Artículo 216. Infracciones conexas.

“[...]

“2. Deben imponerse a las personas responsables, en los supuestos de concurrencia de dos o más infracciones urbanísticas, otras que las que regula el apartado 1, las multas correspondientes a cada una de las infracciones cometidas, si bien mediante un único expediente de protección de la legalidad urbanística. En este caso, el órgano competente para imponer las multas es el que tiene atribuida la competencia para imponer la sanción de más cuantía.

“3. Corresponde al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, en los mismos supuestos que regula el apartado 2, cuando este departamento ejerce la protección de la legalidad urbanística y concurren infracciones graves o muy graves con de otras de leves, la instrucción del expediente que las engloba, con la correspondiente adopción, si procede, de medidas provisionales, la imposición de todas las multas y la adopción de las medidas de restauración y de

determinación de daños y perjuicios. El órgano competente para imponer las sanciones y adoptar estas últimas medidas es el que tiene atribuida la competencia para imponer la sanción de más cuantía.”

“Artículo 275. Disposiciones generales.

[...]

“275.2. Cuando una misma persona es responsable de la comisión de dos o más infracciones y no se encuentre en ninguno de los supuestos previstos en el apartado 1, se le tienen que imponer las sanciones correspondientes a cada una de las infracciones cometidas.

“275.3. Cuando las personas responsables de la comisión de una misma infracción son diversas, se tiene que imponer a cada una de ellas una sanción independiente, salvo el supuesto en que la obligación prevista legalmente corresponda a diversas personas conjuntamente, las cuales tienen que responder solidariamente⁵² de las infracciones que cometan y de las sanciones que se les impongan.

“275.4. En el supuesto del apartado 2 y en el supuesto del apartado 3 de imposición de sanciones independientes a diversos responsables, el órgano competente para imponer las sanciones es el que tiene atribuida la competencia para imponer la sanción de más cuantía.”

52. Téngase presente el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común –junto con la doctrina establecida el respecto–, del siguiente tenor:

“3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

“Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.”

53. Como manifestación de ese régimen en materia de ejecución de resoluciones administrativas en materia de protección de la legalidad urbanística que no sean de Derecho Sancionador Urbanístico, el artículo 277 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, establece:

“Artículo 277. Ejecución de las resoluciones administrativas en materia de protección de la legalidad urbanística. Multas coercitivas.

“277.1. Las resoluciones que se dicten en materia de protección de la legalidad urbanística son inmediatamente ejecutivas, sin perjuicio de lo que prevé el artículo siguiente cuanto a la ejecución de las sanciones administrativas, y los órganos administrativos competentes pueden hacer uso de los medios de ejecución forzosa que prevé la legislación aplicable en materia de procedimiento administrativo común.

“277.2. Las resoluciones administrativas adoptadas en los procedimientos de protección de la legalidad urbanística tienen que establecer el plazo para que la persona interesada haga efectivo su contenido y tienen que advertir que, en caso de incumplimiento, el órgano administrativo competente procederá bien a la imposición

9. La ejecución de las sanciones urbanísticas

A diferencia del régimen de ejecutividad y de la ejecutoriedad de los actos administrativos en general,⁵³ debe darse por conocido el régimen que corresponde en materia de sanciones administrativas, por todos, comprendido en el artículo 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en los siguientes términos:

“Artículo 138. Resolución.

“1. La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente.

“2. En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

“3. La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

“En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.”

Pues bien, cuando se dirige la atención al Derecho Administrativo Sancionador debe advertirse que el

de multas coercitivas de manera reiterada hasta conseguir el cumplimiento de la resolución, o bien a su ejecución subsidiaria, a cargo de la persona interesada.

“277.3. Cualquier gasto ocasionado por la actuación subsidiaria de la Administración corre a cargo de la persona interesada.

“277.4. Las multas coercitivas son totalmente compatibles con la imposición de sanciones por la comisión de una infracción urbanística.

“277.5. Los criterios de aplicación de las multas coercitivas en todos los casos previstos en el artículo 217.2 de la Ley de urbanismo son los siguientes:

“a) Se impone la multa de hasta 1.000 euros cuando se trata del primer incumplimiento de la orden de suspensión de obras, de la medida de restauración o de la orden de ejecución de obras y se gradúa su cuantía en función de la sanción que corresponde a la infracción cometida o en función del coste estimado de las obras que se ordena ejecutar.

“b) Se impone la multa de 1.001 a 2.000 euros cuando se trata del segundo incumplimiento, y graduada de acuerdo con lo que establece la letra anterior.

“c) Se impone la multa de 2.001 a 3.000 euros si se trata del tercero o sucesivos incumplimientos, graduada de acuerdo con el que establece la letra a) de este apartado.

“277.6. En aplicación del principio de proporcionalidad, en ningún caso cada una de las multas coercitivas no puede ser superior a la sanción que corresponda imponer como consecuencia de la infracción urbanística cometida, sin perjuicio que la suma de las sucesivas multas coercitivas pueda superar el importe de la sanción.

“277.7. La competencia para acordar la ejecución forzosa y la imposición de multas coercitivas corresponde al alcalde o la alcaldesa o, si la potestad de protección de la legalidad urbanística es ejercida por el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, al director o directora general de Urbanismo.”

modelo que se sigue no es el de ejecutividad a partir de que se ponga fin a la vía administrativa sino a partir de que las sanciones son firmes en vía administrativa, como se refleja en el artículo 278 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña:

“Artículo 278. Ejecución de las sanciones urbanísticas.

“278.1. La ejecución de las sanciones que se impongan por razón de la comisión de infracciones urbanísticas se ajusta a lo que establece la normativa aplicable en materia de recaudación.

“278.2. La ejecución de las sanciones urbanísticas se inicia una vez son firmes en vía administrativa. La resolución sancionadora puede adoptar las medidas cautelares precisas, como la presentación de una fianza, para garantizar la eficacia de la resolución mientras no sea ejecutiva.

“278.3. La notificación de la resolución sancionadora, si pone fin a la vía administrativa, o la notificación de la resolución del recurso administrativo correspondiente, cuando sea desestimatorio de las pretensiones de la persona interesada, tienen que concretar los plazos para efectuar el pago en periodo

voluntario, de acuerdo con la normativa aplicable en materia de recaudación.”

10. Prescripción de infracciones y sanciones urbanísticas

Finalmente, respecto a la regulación general en materia de prescripción de infracciones y sanciones⁵⁴ debe destacarse la acentuación de los plazos prescriptivos en materia de infracciones –las muy graves prescriben al cabo de seis años, las graves prescriben al cabo de cuatro años y las leves prescriben al cabo de dos años–,⁵⁵ que como se ha expuesto anteriormente no alcanza la mayor acentuación que en materia de restablecimiento de la legalidad urbanística y de la ejecución de las órdenes de restauración de la realidad física alterada –fijada en todo caso en seis años en los artículos 199⁵⁶ y 219.4⁵⁷ del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña–, a salvo los supuestos de nulidad de pleno derecho en que, como es sabido, no se establece limitación de plazo.⁵⁸

54. El artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, establece:

“Artículo 132. Prescripción.

“1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

“2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

“Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

“3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

“Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.”

55. La prescripción de las sanciones urbanísticas tiene el mismo plazo prescriptivo que en el régimen general –tres años si son muy graves, al cabo de dos años si son graves y al cabo de un año si son leves.

56. El artículo 199 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, dispone:

“Artículo 199. Prescripción de la acción de restauración.

“La acción para requerir la legalización de las obras o de las actuaciones llevadas a cabo sin licencia, para ajustarlas a la licencia otorgada o para adoptar otras medidas de restauración prescri-

be al cabo de seis años, a contar de acuerdo con lo que dispone el artículo 219, a excepción de los actos nulos de pleno derecho, que restan sujetos a lo que establece el artículo 202.”

57. El artículo 219.4 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, establece:

“4. Las órdenes de restauración de la realidad física alterada y las obligaciones derivadas de la declaración de indemnización por daños y perjuicios prescriben al cabo de seis años.”

58. Así, para la acción de restauración de la legalidad urbanística en los artículos 199 y 202 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, en los siguientes términos:

“Artículo 199. Prescripción de la acción de restauración.

“La acción para requerir la legalización de las obras o de las actuaciones llevadas a cabo sin licencia, para ajustarlas a la licencia otorgada o para adoptar otras medidas de restauración prescribe al cabo de seis años, a contar de acuerdo con lo que dispone el artículo 219, a excepción de los actos nulos de pleno derecho, que restan sujetos a lo que establece el artículo 202.”

“Artículo 202. Actos nulos.

“1. Son nulos de pleno derecho:

“a) Los actos de parcelación, de urbanización, de edificación y de uso del suelo y del subsuelo que se lleven a cabo sin licencia o sin orden de ejecución en terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes públicas o espacios libres de edificación de carácter público, y también los que se lleven a cabo en terrenos clasificados como suelo no urbanizable en virtud de lo que dispone el artículo 32.a).

“b) Las licencias o las órdenes de ejecución que se otorguen con infracción de las determinaciones de esta ley, de los planes urbanísticos o de las ordenanzas urbanísticas municipales, respecto a los terrenos a que hace referencia la letra a).

“2. Las medidas reguladas por los artículos 197 a 201 referentes a la adopción de acuerdos de derribo y de revisión son aplicables en los supuestos especificados por el apartado 1, sin limitación de plazo.”

En todo caso, en el artículo 219 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, se establecen reglas especiales:

–En los casos en que se persista de una manera continuada en la conducta constitutiva de infracción o en los casos en que el hecho único constitutivo de infracción se prolongue en el tiempo.

–Respecto a que los plazos de prescripción de las sanciones se computan, como igualmente se establece en el régimen general, a partir del día siguiente del día en que alcanza firmeza en vía administrativa la resolución por la que se impone la sanción.

–Y que en los casos de legalización efectiva –del artículo 208.1–⁵⁹ y de restauración voluntaria de la realidad física y jurídica alterada –del artículo 209.1–⁶⁰ los plazos de prescripción de la infracción y las reglas de competencia aplicables son los correspondientes a la gravedad de la infracción originaria.

Todo ello en los siguientes términos:

“Artículo 219. Prescripción de infracciones y de sanciones urbanísticas.

“1. Las infracciones urbanísticas muy graves prescriben al cabo de seis años, las graves prescriben al cabo de cuatro años y las leves prescriben al cabo de dos años.

“2. El plazo de prescripción fijado por el apartado 1 comienza a contar el día en que se ha cometido la infracción, salvo los casos en que se persista de una manera continuada en la conducta constitutiva de infracción o en los casos en que el hecho único constitutivo de infracción se prolongue en el tiempo. En estos casos el plazo de prescripción se computa a partir de la finalización o el cese de la actividad ilícita.

“3. Las sanciones impuestas por las infracciones urbanísticas prescriben al cabo de tres años si son muy graves, al cabo de dos años si son graves y al cabo de un año si son leves.

“4. Las órdenes de restauración de la realidad física alterada y las obligaciones derivadas de la declaración de indemnización por daños y perjuicios prescriben al cabo de seis años.

Y con la misma falta de limitación de plazo en materia sancionadora según lo dispuesto en el artículo 219.6 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña:

“6. Los plazos de prescripción establecidos por los apartados 1 y 4 no son aplicables en los supuestos regulados por el artículo 202.1, que en todos los casos son susceptibles de sanción y de la acción de restauración sin limitación de plazo.”

59. El artículo 208.1 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, dispone:

“1. Los actos tipificados como infracciones graves o muy graves por los artículos 205 y 206 que sean legalizables constituyen infrac-

“5. Los plazos de prescripción fijados por los apartados 3 y 4 comienzan a contar el día siguiente del día en que alcanza firmeza en vía administrativa la resolución por la que se impone la sanción o la obligación.

“6. Los plazos de prescripción establecidos por los apartados 1 y 4 no son aplicables en los supuestos regulados por el artículo 202.1, que en todos los casos son susceptibles de sanción y de la acción de restauración sin limitación de plazo.

“7. En los supuestos regulados por los artículos 208.1 y 209.1, los plazos de prescripción de la infracción y las reglas de competencia aplicables son los correspondientes a la gravedad de la infracción originaria.” ■

ción urbanística leve si, antes de que recaiga la resolución sancionadora en el procedimiento correspondiente, los presuntos infractores han instado en la forma debida, ante la Administración competente, la legalización, y ésta se ha aprobado o autorizado.”

60. El artículo 209.1 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, dispone:

“1. Los actos tipificados como infracciones muy graves por el artículo 205 que no sean legalizables constituyen infracción urbanística grave si las personas presuntamente infractoras proceden a la restauración de la realidad física o jurídica al estado anterior a la alteración, mediante las operaciones materiales o jurídicas pertinentes.”

Notas sobre el régimen sancionador y la función pública local en el Estatuto básico del empleado público

1. Ideas generales.
2. Fuentes.
3. Reparto de competencias.
4. Principios de ejercicio de potestad disciplinaria.
5. Código de conducta.
6. Relación entre infracciones muy graves y el Código de Conducta.
7. ¿Qué queda sin faz negativa?
8. Antiguas infracciones muy graves sin correspondencia. Criterios para nuevas tipificaciones.
9. Acción, prescripción y sanciones.
10. Procedimiento.

José Luis Requero Ibáñez
Magistrado de la Audiencia Nacional

1. Ideas generales

Quizás la principal novedad que supone la promulgación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (en adelante EBEP) es que se apruebe por primera vez no, obviamente, una ley o estatuto regulador de normas básicas en materia de función pública, sino sobre el “empleo público” en general. El objeto de su regulación va más allá de la función pública como ámbito material referido al funcionario público, bien sea de empleo o de carrera.

De esta manera, el EBEP extiende su ámbito de aplicación a todos los regímenes encuadrados bajo el título “empleo público”, ya se trate de funcionarios como de empleados laborales, lo que tiene especial relevancia para los entes locales, si bien tal vocación no es plena pues ya el propio artículo 2.1 se cuida de anteponer la cláusula “en lo que proceda”. A su vez, esa extensión lo es a todas las administraciones y, en lo que ahora interesa, frente a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, se incluye función pública local en lo básico, pues esa norma le era de aplicación de forma supletoria (artículo 1.1). En definitiva, bien puede decirse que se cierra en el EBEP el debate que contempló la STC 37/2002, de 14 de febrero, y, como se verá, se amplía la materia considerada como básica en lo disciplinario.

Pese a lo expuesto, no hay que perder de vista que la Comisión de Expertos creada a partir de la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, aconsejó reducir lo básico y advertía que algunos aspectos de esa regulación presentaban un contenido demasiado extenso y detallado; en lo disciplinario aconsejaba incluso no tipificar ni regular tan sólo las infracciones muy graves. Llegaba a esa conclusión tras considerar que, después de casi veinticinco años de régimen constitucional, el panorama de las administraciones territoriales consolidadas lo que aconseja es que sus problemas propios los solventen desde su autonomía.

En cuanto al régimen disciplinario, la realidad era que en la Ley 30/1984 se partía de una reducción de lo básico, pues su objetivo era (cita la exposición de motivos) “suprimir obstáculos que nuestra legislación vieja anterior a la CE opone al desarrollo del Estado autonómico”. La consecuencia fue que lo básico en materia disciplinaria quedó reducido al artículo 31.1 por razón del artículo 1.3 de la misma norma.

Especial relevancia tuvo la ya citada STC 37/2002, conforme a la cual no tenía ese carácter básico el Texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado, aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por la conocida doctrina de que si bien una norma preconstitucional puede ser básica, esto no será así si ya el legislador postconstitucional ha abor-

dado la regulación de esa misma materia dándole el carácter de legislación básica. Y esa misma doctrina se aplicó al Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local real, aprobado por el Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante TRRL).

Ante este panorama, el EBEP parte de que lo disciplinario es una materia típicamente básica (STC 99/87); como antes, se deja a ley estatal y a las autonómicas la regulación de las infracciones graves y leves, pero en su conjunto lo disciplinario como norma básica se amplía frente a la Ley 30/1984, pues se añade todo lo referente a los principios, criterios de tipificación, procedimiento, prescripción de infracciones y sanciones, así como el llamado Código de Conducta del empleado público.

La consecuencia es que se suple lo que dijo la STC 37/2002 respecto del TRRL, pero los problemas no acaban pese a tal clarificación, pues si bien ahora todas esas materias inéditas en la Ley 30/1984 se incluyen dentro de lo básico, se mantiene la duda acerca de cuál es el valor del TRRL, lo que exige un esfuerzo por clarificar el panorama de las fuentes del régimen disciplinario del empleado público local y el reparto competencial.

2. Fuentes

El cuadro general en este punto viene dado por el artículo 3.1 del EBEP, conforme al cual el personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación –de la que forma parte el Estatuto– y por la legislación de las comunidades autónomas, con respeto a la autonomía local.

Tal precepto debe completarse con las disposiciones adicional 2.6 y final 2. Prevé la primera que el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios con habilitación de carácter estatal se regulará por lo dispuesto por cada comunidad autónoma y en la disposición final 2, que “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”. Esta última disposición conlleva una cierta idea de blindaje, en especial si se pone en relación con la reforma del Estatuto de Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio).

De este cuadro de fuentes se desprende la complejidad en lo disciplinario, con un resultado confuso. Por una parte, los funcionarios locales quedan entre dos potestades normativas, a lo que hay que añadir la

incidencia de los nuevos estatutos de autonomía. De esta manera, será de aplicación para los funcionarios de habilitación nacional siempre y en lo disciplinario la normativa autonómica; para el resto de los funcionarios locales será de aplicación primero la ley estatal “que resulte de aplicación” y, además, la autonómica, si bien para las comunidades autónomas beneficiadas por la disposición final 2, lo prioritario serán sus propias normas.

A partir de lo dicho, hay que hacer la siguiente clasificación:

—En cuanto a las fuentes de legislación estatal se aplicará, primero, el EBEP; en segundo lugar, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante LRRL), pues mantiene preceptos básicos como, por ejemplo, los referidos al régimen competencial en lo sancionador. En tercer lugar, el TRRL, el cual, si bien se le negó carácter básico en la STC 37/02, no es derogado por el EBEP en lo disciplinario, si bien en lo previsto en los artículos 146 a 152 hay previsiones contrarias al EBEP, luego habrá que entender que tienen carácter supletorio ciertos tipos sancionadores muy graves [pueden mantenerse por el apartado p) del artículo 95.2 del EBEP], ciertas sanciones no previstas en el EBEP, las reglas de competencia para sancionar, más lo referente a las anotaciones y a la rehabilitación. Por último es aplicable el Real decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, y el Real decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

Capítulo aparte es el régimen funcionarial de las policías locales, que se regulará por el EBEP, por la legislación autonómica y por la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad.

—En cuanto a la legislación autonómica, se trata de una normativa que tiende a equiparar a los funcionarios locales con los autonómicos, lo que implica dos tipos de regulaciones. Por un lado, la que remite en bloque el régimen de la función pública local al régimen de la función pública autonómica y, por otro lado, la que prevé normas específicas para la función pública local en su propia normativa funcionarial.

—En cuanto al personal laboral, habrá que estar a la legislación laboral y a los convenios colectivos (artículo 7 del EBEP).

3. Reparto de competencias

La STC 37/2002 señaló que nuestro sistema de función pública se caracteriza por la ausencia de “una monolítica uniformidad jurídica”, sin que por tal razón se

infrinja el artículo 149.1.1 de la CE. A partir de este punto de arranque, ¿qué es normativa básica? Aparte de lo ya dicho respecto de la LRRL en cuanto a la atribución competencial, del EBEP se deduce que lo son:

—Los deberes de todo empleado público o código ético regulado en los artículos 52 a 54.

—La pérdida de la condición de funcionario público [artículo 63.d)].

—La situación administrativa de suspenso [artículo 85.e) en relación con el artículo 90].

—La previsión de la disposición adicional 2.6, conforme a la cual corresponde “al Ministerio de Administraciones Públicas la resolución de los expedientes disciplinarios en los que el funcionario se encuentre destinado en una comunidad distinta a aquella en la que se le incoó el expediente”.

—El título VII (artículos 93 a 98), en el que se regula el ámbito subjetivo, los principios de potestad disciplinaria, las infracciones muy graves, los criterios para tipificar infracciones graves y leves, las sanciones, la prescripción de infracciones y sanciones, más reglas sobre competencia y procedimiento.

En cuanto a las leyes autonómicas, hay que hacer dos distinguos. Por un lado, las comunidades autónomas a las que afecta la disposición final 2 ya citada, lo que llevará a tener que analizar la incidencia de los nuevos estatutos de autonomía que insertan régimen local en su régimen institucional. Y por otro lado, están aquellas otras comunidades autónomas con plena sujeción a las bases del EBEP, las cuales regularán al amparo de la también citada disposición adicional 2.6 el régimen disciplinario de funcionarios con habilitación estatal. En cuanto al régimen de los funcionarios locales propios, regularán las nuevas faltas muy graves deducibles del artículo 95.2.p), las faltas graves (artículo 95.3) y las faltas leves (artículo 95.4), más lo no previsto en el EBEP.

Mención aparte hay que hacer de los regímenes autonómicos especiales deducibles de la disposición adicional 3 en cuanto a Navarra y País Vasco, más la disposición adicional 4 en cuanto a los funcionarios públicos propios de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que se regirán por el EBEP, por los reglamentos que dicten sus asambleas en cuanto a las faltas y sanciones disciplinarias leves [disposición adicional 4.2.d)] y por las normas de desarrollo que dicte el Estado.

4. Principios de ejercicio de potestad disciplinaria

Pocas novedades se deducen en este punto del EBEP. Los principios regulados están dotados de autonomía respecto de otras responsabilidades a las que están sujetos los empleados públicos (civil y penal) y son los siguientes a tenor del artículo 94 del EBEP.

En primer lugar, el principio de legalidad y de tipicidad de las faltas y sanciones, lo que se cumple mediante la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, en los convenios colectivos. En segundo lugar, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor. En tercer lugar, el principio de proporcionalidad, tanto para la tipificación de hechos sancionables como para calificarlos como infracción muy grave, grave o leve, para fijar la sanción *ex lege* y, por último, para su aplicación. Por último, hay que citar el principio de culpabilidad y el de presunción de inocencia.

Concluye el artículo 94 recogiendo el principio *non bis in idem* al prever que si de la instrucción del procedimiento disciplinario resultan indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración. Al respecto hay que señalar que no se recoge la recomendación de la Comisión de Expertos de que debe haber igualdad de fundamento.

En todo caso, tal y como se ha dicho, el artículo 94 no arroja especial novedad respecto de lo que ya es doctrina constitucional consolidada, deducida fundamentalmente de la interpretación del artículo 25 de la Constitución, así como de los artículos 9.3 (irretroactividad de las normas desfavorables) y 24.

5. Código de conducta

Más interés tiene el llamado Código de Conducta, que obedece a la idea de que frente a un estatuto “sin alma” –tal y como advertía la Comisión de Expertos– el EBEP debe garantizar los principios sustanciales al empleo público como reflejo de una sociedad exigente y que implica hacer presente la idea de “buena administración”.

Se emplea expresamente esa denominación en la rúbrica del artículo 52.1 y en la exposición de motivos se presenta señalando lo que de novedoso tiene la regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, al recogerse un conjunto de valores propios, lo que entraña una específica “cultura” de lo público. Es una regulación fundada en principios éticos y reglas de comportamiento que constituye un auténtico Código de Conducta, y estas reglas tienen una finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas. En lo que aquí interesa, la infracción de esas pautas de conducta puede tener consecuencias disciplinarias en la medida deducible del artículo 52.2.

Bien puede decirse que el Código de Conducta es la faz positiva de la actuación de todo empleado público, mientras que la faz negativa vendrá dada por el cuadro de infracciones. Ciertamente, el Código no supone la tipificación de ilícitos administrativos, por lo que su papel sería el que tradicionalmente tienen otros códigos que recogen el espíritu que debe animar el desempeño de tareas públicas. Probablemente, el precedente más claro es el que tienen en el ámbito castrense las reales ordenanzas.

Del análisis de su contenido, lo primero que destaca es la diferencia entre deberes (artículo 52.1), principios éticos (artículo 53) y principios de conducta (artículo 54), lo que no debe confundirse con los “fundamentos de actuación” del artículo 1.3, pues mientras que el Código de Conducta vincula al funcionario e inspira el desempeño de su cometido, los “fundamentos” informan la gestión del empleo público.

Del análisis de esos preceptos se desprende una peculiar clasificación, pues si bien hay esfuerzo de sistematización, resulta un tanto artificioso el distinguo entre deberes, principios éticos y de conducta, ya que todo deber implica *per se* un principio o criterio de comportamiento y los principios éticos son de conducta, pues deben informar el comportamiento. Con todo, puede entenderse que los principios de conducta son más “operativos”, su aplicación es más directa en el día a día de la relación del empleado público con el ciudadano, mientras que los principios éticos tienen un carácter informador. A su vez, basta analizar su contenido para advertir ciertas redundancias y se echa en falta la plasmación de ciertos deberes o principios inexistentes. Un ejemplo es el de evitar trámites o recursos inútiles o actuar de acuerdo con el pronunciamiento de los tribunales, todo ello para evitar litigiosidad inútil, costosa y que genera lentitud.

En cuanto al valor del Código de Conducta, ciertamente no se trata de deberes o principios deontológicos o corporativos, sino legales, de ahí que sirvan de criterio inspirador para la tipificación de nuevas infracciones muy graves al amparo del ya citado apartado p) del artículo 95.2, más las infracciones graves y leves. Esta vocación inspiradora que da sentido al régimen disciplinario lleva, por tanto, a la idea de que todo régimen disciplinario responde a un código ético: no se trata de ilícitos artificiales, sino de la lesión de bienes jurídicos que alcanzan a los ciudadanos y, en definitiva, el interés general. Sin embargo, hay que dejar constancia de que algunos deberes del Código de Conducta impregnan todo el régimen disciplinario, mientras que otros se identifican más con un tipo sancionador y los hay que quedan para su correlato con el desarrollo legal que se haga.

6. Relación entre infracciones muy graves y el Código de Conducta

Del análisis conjunto del Código de Conducta y del régimen disciplinario en cuanto a las infracciones muy graves (artículo 95.2), se deduce el siguiente cuadro.

1. *El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos estatutos de autonomía de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública [artículo 95.2.a)].*

En la Ley 30/1984 era infracción muy grave “el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública”, con lo que se precisa –más que se amplía– el elemento objetivo al referir el bien jurídico protegido al bloque de constitucionalidad. Como deber, el Código de Conducta regula que todo empleado público debe velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (artículo 52.1). Como principio ético se prevé el de respeto a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (artículo 53.1) y como principio de conducta no hay correlación referido a este punto.

Desde el punto de vista del Código de Conducta, el sometimiento a la Constitución tiene un alcance distinto: se trata de que el desempeño de funciones públicas esté presidido por los mandatos constitucionales. Por contra, lo que se sanciona en el artículo 95.2.a) son más bien aquellos actos intencionadamente dirigidos a incumplir en un concreto aspecto la Constitución, pero no toda infracción de un precepto constitucional. De ser esto último, habría que concluir que siempre que se anulase un acto o disposición por incurrir en un motivo de inconstitucionalidad, el funcionario o autoridad que los dictase habría incurrido en esta infracción.

2. *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 [artículo 95.2.b)].*

Frente a la Ley 30/1984, que castigaba “toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, el EBEP recoge como nuevos elementos objetivos del tipo nuevos supuestos de discriminación por discapacidad, edad u orientación sexual, 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.

En el Código de Conducta y como deber, se recoge sólo el respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, lo que se concreta ya más en los principios éticos que hacen referencia al respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 53.4). En cuanto a los principios de conducta, como en el anterior caso, no hay especial correlación entre el tipo sancionador y el artículo 54.

3. *El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas [artículo 95.2.c)].*

Frente a la escueta previsión de la Ley 30/1984 –que preveía como infracción el abandono del servicio– se añade en el EBEP no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas. Se trata, en consecuencia, de una concreción lógica para evitar casos de atipicidad derivado de la necesaria interpretación restrictiva de los tipos sancionadores llevando la idea de abandono de servicio a una idea más amplia.

Esta infracción tiene como reflejo en el catálogo de deberes el desempeño diligente de tareas asignadas y la dedicación al servicio público. Como principio ético hay que hacer referencia al de diligencia en las tareas que les correspondan o se les encomienden (artículo 53.10), lo que no es propiamente el caso ahora analizado: una cosa es la no-dedicación y otra es dedicarse, pero sin la debida diligencia. Tampoco en este caso hay correlación con los principios de conducta.

4. *La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos [artículo 95.2.d)].*

Se mantiene en idénticos términos a la Ley 30/1984 y como principio ético hay que hacer referencia al previsto en el artículo 53.1, esto es, el respecto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, lo que no es sino una reiteración de lo que ya se prevé en la Constitución en los artículos 91, 103.1 y 106. Y, como se dijo antes, en el EBEP se echa en falta que como deber o principio se hubiera recogido evitar trámites o recursos inútiles o actuar de acuerdo con el pronunciamiento de los tribunales para evitar una litigiosidad costosa y que genera lentitud.

5. *La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función [artículo 95.2.e)].*

Este tipo sancionador era inexistente en la Ley 30/1984, pues lo que se regulaba y sancionaba era la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, así declarados por la Ley o clasificados como tales. Ahora el supuesto de hecho y el bien jurídico protegido es más amplio pues se relaciona en general con el deber de confidencialidad y con el principio ético de guardar secreto de las materias clasificadas o de otras cuya difusión esté prohibida legalmente, más la discreción sobre asuntos de que conozca el empleado por razón de su cargo y no hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público (artículo 53.12). Tampoco en este caso hay correlación con los principios de conducta.

6. *La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido [artículo 95.2.f)].*

Coinciden en este tipo sustancialmente la Ley 30/1984 más el deber y el principio ético antes expuesto, si bien la formulación de este ilícito presenta respecto de la Ley 30/1984 un mayor rigor y exigencia. Este tipo junto con el anterior y con la misma intensidad –se trata de infracciones muy graves– velan por el mismo bien jurídico: la confidencialidad, ya se trate de la protegida por el régimen de secreto, ya se trate de hechos o datos conocidos por razón del cargo, sin que en un caso u otro se exija un efecto perjudicial para su integración fuera del que se presume por el mero hecho de dar a conocer este tipo de materias.

7. *El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas [artículo 95.2.g)].*

En la Ley 30/1984 se tipificaba la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas. Con la redacción que se comenta, se restringe el ámbito del incumpliendo pues a la exigencia de que sea “notorio” se añade que se refiera a funciones esenciales. No existe una correlación especial con un concreto deber: puede decirse que este tipo hace referencia a todos los deberes y algo parecido ocurre con los principios éticos pues no hay uno especialmente concernido.

8. *La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito [artículo 95.2.h)].*

A diferencia de la Ley 30/1984, que castigaba la violación de la neutralidad o independencia políticas, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito, el EBEP contiene una regulación más atenuada. En efec-

to, la anterior regulación parecía más acertada al ser más intensa la llamada a la independencia o neutralidad que a la imparcialidad, que alude a un *no tomar partido*; en todo caso, se trata de principios que deben conectarse con esa eficacia indiferente que se espera de toda Administración a tenor del artículo 103 de la CE. En cuanto al elemento finalístico que exige para perfeccionar la conducta que se haga para influir en procesos electorales, hay que tener presente que entre los deberes lo que se regula es el genérico de objetividad, neutralidad e imparcialidad y en cuanto a los principios éticos, el de actuación objetiva, imparcial y hacia el interés común, al margen de intereses personales, familiares, corporativos, clientelares o cualesquiera otro que colisione con este principio.

Probablemente, esta llamada a la imparcialidad como principio ético es la que con más intensidad se regula en el EBEP y se concreta en un haz de supuestos variados. Así, se regula la abstención en asuntos con interés personal, en la abstención de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con el puesto que desempeñe el empleado público, la abstención de obligaciones económicas y de intervención en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones del cargo (artículo 53.5 y 6).

En otro orden de cosas, la imparcialidad exige del empleado público que no acepte trato de favor o situaciones que impliquen privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas (artículo 53.7); tampoco influir en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros (artículo 53.9). Por último, se prevé como principio ético que el empleado público ejerza sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no sólo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos (artículo 53.11).

A la vista de la variedad de supuestos en los que el EBEP busca preservar la imparcialidad, la independencia de los empleados públicos, resulta llamativo que como tipo sancionador muy grave sólo se recoja el supuesto analizado –aparte del 95.2.j)– y sólo en cuanto a los procesos electorales.

9. *La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico [artículo 95.2.i)].*

La Ley 30/1984 no preveía un supuesto como éste y tampoco se advierte un deber específico. Sí que como principio ético se regula la lealtad y buena fe hacia la Administración en la que el empleado preste sus servicios, así como hacia los superiores, compañeros, subordinados y ciudadanos. En el capítulo de principios de conducta se prevé que los empleados públicos obedezcan las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes (artículo 54.3).

Dentro de lo que es el análisis del tipo, el adjetivo de “abierto” alude a una idea de enfrentamiento o rebeldía con quiebra de los deberes propios en una organización jerarquizada, luego hay que contraponerlo a la desobediencia encubierta, plasmada en actos de obstaculización o boicot. En todo caso, se exige que haya una constancia de la orden o instrucción y en cuanto a la llamada a la negativa del funcionario por entender que la orden o instrucción encierra la violación del ordenamiento jurídico, la referencia a éste es general: no a un concreto tipo de normas; además puede tratarse, por tanto, de infracción de normas funcionales o competenciales como las estrictamente estatutarias.

10. La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro [artículo 95.2.j)].

Este tipo era inexistente en la Ley 30/1984 y no tiene correlación con algún concreto deber. Aparte de lo ya dicho respecto del artículo 95.2.h), sí que hay que ponerlo en relación con el principio ético que exige del empleado público que satisfaga los intereses generales de los ciudadanos y con el principio de conducta según el cual el empleado administrará los recursos y bienes públicos con austeridad, no utilizará los mismos en provecho propio o de personas allegadas y tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación (artículo 53.2). Además y como principio de conducta (artículo 54.6), se prevé el rechazo a cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal. Esto supone que el Código de Conducta tiene eficacia inspiradora e interpretadora no sólo respecto del régimen disciplinario, sino también respecto del penal.

11. La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales [artículo 95.2.k)].

La Ley 30/1984 lo regulaba en iguales términos y, en puridad, no deja de ser sino una redundancia del previsto en el artículo 95.2.a) ya analizado. No hay un deber ni un principio ético correlativos a este tipo,

salvo lo ya dicho respecto del artículo 53.1 y 4, y respecto de los principios de conducta, cabe relacionarlo con el referido a que el empleado público informará a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, facilitará el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones y garantizará la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.

12. La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga [artículo 95.2.l)].

Este tipo mantiene la redacción prevista en la Ley 30/1984 y, una vez más, no deja de ser sino una concreción –aun más intensa que en el caso anterior– respecto de lo previsto en el artículo 95.2.a).

13. El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga [artículo 95.2.m)].

Se mantiene otra vez la redacción de la Ley 30/1984 y al encerrar en sí la idea global de cumplimiento de las obligaciones profesionales –si bien cualificado por concurrir la desatención en caso de huelga–, se corresponde con todos aquellos deberes y principios éticos ya vistos que inciden en este aspecto.

14. El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad [artículo 95.2.n)].

Matiza la redacción de la Ley 30/1984, en la que se sancionaba el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades. Ahora se concreta más el supuesto de hecho, pues sanciona como falta muy grave el desempeño de actividades incompatibles no por la infracción de normas procedimentales o formales –siendo la actividad compatible, se ejerce sin la petición y concesión de compatibilidad–, sino que hace referencia a una actividad de suyo o materialmente incompatible. Las infracciones formales hay que deducir que pueden quedar como faltas leves o graves, tal y como ocurre en el artículo 7.1.k) del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por el Real decreto 33/1986, de 10 de enero.

15. La incomparecencia injustificada en las comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas [artículo 95.2.ñ)].

La Ley 30/1984 no preveía este supuesto, con el que se integra lo previsto en el artículo 76.2 de la CE y la Ley orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las comisiones de investigación del Congreso y del Senado o de ambas cámaras.

16. El acoso laboral [artículo 95.2.o)].

Supuesto previsto en la normativa laboral e inexistente en la Ley 30/1984. Hay que tener presente que, si se siguen algunas de las pautas del ámbito laboral, este acoso podría entenderse tipificado en el artículo

95.2.b) [cf. artículo 4.2.e) en relación con el artículo 54.2.g), artículo 96.14 del Estatuto de los trabajadores].

7. ¿Qué queda sin faz negativa?

De la relación de deberes, principios éticos y de conducta, los hay que quedan sin el amparo de la debida tutela sancionadora de las conductas que los desconozcan. Esto no es enteramente así, pues aquí se toma como término de correlación las infracciones muy graves expresamente tipificadas como muy graves, de manera que siempre están las infracciones graves y las leves –sin olvidar el artículo 95.2.p)– para dar respaldo sancionador a esos aspectos del Código de Conducta.

Sin embargo, hay que matizar, pues en cuanto a los deberes algunos que no guardan una correlación clara pueden entenderse insertos en otros principios y tipos sancionadores. Es el caso, por ejemplo, del deber de desempeñar diligentemente las tareas asignadas o el deber de actuar conforme a los principios de integridad, responsabilidad, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental.

Algo parecido ocurre con los principios éticos de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, que son también deberes (eficacia, austeridad o el eficiencia, de más difícil delimitación, cf. artículo 53.8). Es también el caso de vigilar la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización o el de resolución dentro de plazo de los procedimientos o expedientes de su competencia (artículo 53.10), lo que debe conectarse con el artículo 42.7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

En cuanto a los principios de conducta, hay que hacer referencia a tratar con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos (artículo 54.1); garantizar la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables (artículo 54.7); mantener actualizada su formación y cualificación; observar las normas sobre seguridad y salud laboral (artículo 54.9), y poner en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados (artículo 54.10).

8. Antiguas infracciones muy graves sin correspondencia. Criterios para nuevas tipificaciones

A diferencia de la Ley 30/1984, el EBEP no tipifica como infracción muy grave la participación en huelgas por

parte de los empleados públicos que tengan expresamente prohibido ese derecho, ni los actos limitativos de la libre expresión de pensamiento, ideas y opiniones o haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en un período de un año.

No obstante –salvo el caso último, que puede tener su incidencia en la graduación de la sanción que corresponda (artículo 96.3)–, los otros dos hechos pueden estar presentes y sin necesidad de incurrir en una interpretación extensiva, por ejemplo, en la desobediencia a órdenes e instrucciones de los superiores, y el segundo supuesto a todo lo que implique quiebra del deber de fidelidad a la Constitución.

Como ya se ha dicho, para las infracciones muy graves el artículo 95.2.p) prevé una cláusula abierta, según la cual aparte de las infracciones que ya prevé el EBEP como muy graves, serán faltas de tal naturaleza las que tipifiquen las leyes estatales y autonómicas y los convenios colectivos en el caso de personal laboral. A estos efectos, no se establece criterio de tipificación, a diferencia de lo que ocurre con las infracciones graves y leves en el artículo 95.3 y 4, para las cuales, bien sea en las leyes estatales y autonómicas o en los convenios colectivos que las regulen, tal tipificación se hará de acuerdo con los siguientes criterios de tipificación: el grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos y el descrédito para la imagen pública de la Administración.

9. Acción, prescripción y sanciones

Como novedad, el EBEP (artículo 93) regula el régimen de la acción, y a estos efectos equipara a los inductores con los que ejecutan la acción o incurrir en omisión. A su vez, prevé la responsabilidad de los encubridores, pero con un doble requisito: que se trate del encubrimiento de infracciones muy graves o graves y que el acto encubierto haya causado un grave daño a la Administración o a los ciudadanos.

En cuanto al régimen de la prescripción de infracciones (artículo 97), del contraste del EBEP y del TRRL se deduce que en el EBEP las infracciones leves prescriben a los seis meses, las graves a los dos años y las muy graves a los tres años, con lo cual respecto del TRRL se incorpora un régimen más perjudicial para el empleado público en cuanto a las leves (en el TRRL era de un mes), no hay cambio en las graves y es más beneficioso en cuanto a las muy graves, ya que en el TRRL era de seis años.

En lo que hace a las sanciones (artículo 96), se pueden clasificar atendiendo a los siguientes criterios. En cuanto a las que comportan la pérdida de la condición

de empleado público, se prevé la separación de los empleados que sean funcionarios de carrera; si se trata de funcionarios de empleo o interinos, revocación de su nombramiento (sólo para muy graves) y el despido disciplinario del personal laboral también para las faltas muy graves, lo que comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban.

Por lo que se refiere a la suspensión de funciones, puede ser firme, lo que debe ponerse en relación con el artículo 90 y no puede confundirse con la suspensión provisional. En segundo lugar, está la suspensión de empleo y sueldo para personal laboral, con una máxima de seis años.

Y siguiendo con el catálogo de sanciones básicas, se prevé el traslado forzoso (con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca); el demérito o penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria; el apercibimiento y cualquier otra que se establezca por ley [artículo 96.1.d), e), f) y g)]. A diferencia del TRRL, no aparece deducción proporcional de las retribuciones.

Por lo que se refiere a los criterios de graduación, se tendrá en cuenta el grado de intencionalidad, de descuido o negligencia, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia y el grado de participación (artículo 96.3).

10. Procedimiento

Con carácter de regulación básica, el artículo 98 prevé como específica garantía las reglas maestras del procedimiento sancionador para las faltas muy graves o graves. En el caso de las leves, lo previsto es un procedimiento sumario que, en todo caso, debe incluir un trámite de audiencia al interesado.

Por razón de ese carácter básico, el EBEP prevé que los procedimientos se estructuren de acuerdo con los siguientes principios: eficacia, celeridad y economía procesal; respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable y no-contaminación, para lo cual debe garantizarse la separación entre fase instructora y sancionadora, que se encomiendan a órganos distintos.

Lo que no se regula como básico es ya la estructura del procedimiento, el plazo de caducidad o qué órgano ejerza la potestad sancionadora, ante lo cual habrá que estar a las reglas deducibles de la LRBL en cuanto a los órganos que tiene atribuido el ejercicio de estas potestades [cf. artículo 21.1.h)].

En lo que hace a las medidas cautelares –que las llama “provisionales”–, las hay innominadas a tenor del artículo 98.3 y expresas, en concreto, la suspensión provisional del artículo 90.4. Su finalidad no es

otra sino asegurar la eficacia de la resolución final. Como garantías de adopción se prevé, por un lado, que deben estar previstas en las normas que regulen los procedimientos sancionadores y que se adopten por resolución motivada.

Más en concreto, la suspensión provisional no podrá exceder de seis meses, salvo paralización del procedimiento imputable al interesado y regula aquella que se acuerde durante la tramitación de un procedimiento judicial. En este caso se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses, no supondrá pérdida del puesto de trabajo.

En cuanto al estatuto del empleado suspenso, se prevé que el suspenso provisional perciba las retribuciones básicas y las prestaciones por hijo a cargo. Si la suspensión se eleva a definitiva, de tratarse un de un funcionario, debe devolver lo percibido durante el tiempo de duración de la suspensión provisional, si bien el tiempo de suspensión provisional se abona para suspensión firme. Si no se convierte en definitiva, se le restituye la diferencia, el tiempo de duración se computa como de servicio activo, se acuerda la inmediata reincorporación y se le reconocen todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de la suspensión. ■

La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)

Ricardo Alonso García
*Catedrático de Derecho Administrativo
y Comunitario de la Universidad Complutense*

1. El auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE.
2. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales.
3. La doctrina del TJCE sobre la responsabilidad patrimonial de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario.
4. En particular, la doctrina del TJCE sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes anticomunitarias.
5. *Excursus*: Sobre la posible responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales que sitúen al Estado en posición de infracción de sus obligaciones comunitarias.
6. El régimen de responsabilidad patrimonial más favorable para el administrado: ¿el propio comunitario o el nacional previsto frente a leyes inconstitucionales?
7. La analogía de supuestos como premisa para la extensión del régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales a los daños y perjuicios derivados de leyes anticomunitarias: su descarte por el Tribunal Supremo y las deficiencias de la argumentación.
8. Pertinencia y oportunidad de la cuestión prejudicial planteada por el auto de 1 de febrero de 2008.
9. Posibles respuestas del TJCE.
10. El papel del juez ante la ley: ¿responsabilidad patrimonial del Estado-juez por no activar la prejudicialidad constitucional/comunitaria?

1. El auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE

Mediante auto de 1 de febrero de 2008, la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo decidía suspender el proceso entablado por una empresa (Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L. –en adelante, TUSGSAL–), contra un acuerdo del Consejo de Ministros (de enero de 2007) desestimatorio de su solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado-legislador como consecuencia del derecho a la deducción del IVA soportado, correspondiente a las subvenciones percibidas por TUSGSAL en los ejercicios 1999 y 2000. El motivo de la suspensión respondía al planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al TJCE en los siguientes términos:¹

“¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina hecha por el Tribunal Supremo del Reino de España en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 a los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho comunitario?”

El supuesto era, en pocas líneas, el siguiente: 1) liquidaciones tributarias de una empresa en materia de IVA; 2) tiempo después, prescritas las acciones para recuperar las sumas ingresadas, el TJCE dicta sentencia, en el marco de un recurso por incumplimiento contra España,² declarando incompatible con el Derecho comunitario (concretamente, con la Sexta Directiva en materia de IVA) la legislación española que sirvió de base para las referidas liquidaciones (la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, en su versión

modificada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre);³ 3) a la vista de dicha sentencia, la empresa reclama ante el Consejo de Ministros la responsabilidad patrimonial por un importe equivalente a las sumas indebidamente ingresadas en la Hacienda pública, más las sumas que le habrían debido ser devueltas si España no hubiera infringido la Sexta Directiva; 4) el Consejo de Ministros desestima la reclamación argumentando que no concurría uno de los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber, la relación de causalidad directa entre la infracción y el daño sufrido por la víctima, al haberse ésta aquietado a las liquidaciones practicadas; 5) la empresa reproduce su reclamación en vía contencioso-administrativa, solicitando en un otrosí el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJCE, a los efectos de que se pronuncie acerca de si el principio comunitario de equivalencia es compatible con la doctrina del Tribunal Supremo, en la que se apoya el Consejo de Ministros, que sienta una diferencia de trato para los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial por leyes en función de que su contradicción sea con la Constitución o con el Derecho comunitario, y 6) el Tribunal Supremo decide plantear cuestión prejudicial en los términos más arriba transcritos, incluyendo en sus dudas de compatibilidad las exigencias derivadas del principio comunitario de efectividad.⁴

2. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales

La doctrina del Tribunal Supremo en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales, particularmente en relación con leyes inconstitucionales de naturaleza tributaria,⁵ podría sintetizarse de la siguiente manera:

1. DO C 128, de 24 de mayo de 2008, p. 24.

2. Asunto Comisión v. España, STJCE de 6 de octubre de 2005 (C-204/03). Cfr. J. CALVO VÉRGEZ, “Base imponible del IVA en operaciones interiores: Análisis de las subvenciones como concepto integrante de la misma y de su tratamiento en la regla de la prorrata (en torno a la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2006)”, *Impuestos (La Ley)*, 2006, 1, p. 113 y ss.

3. Concretamente, declaró el incumplimiento de España al “prever una prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones”.

4. Inclusión que, ya adelanto, carecía en mi opinión de sentido. En efecto, si la doctrina del Tribunal Supremo sometida a escrutinio del TJCE con el auto de 1 de febrero de 2008 consistía en rechazar la extensión del régimen patrimonial por leyes inconstitucionales al terreno de las leyes anticomunitarias para, a continuación, aplicar a éstas el propio régimen comunitario, ¿a qué venía preguntar al

TJCE, en los términos en que lo hizo el Tribunal Supremo, si el régimen nacional de responsabilidad respetaba el principio de efectividad? Con otras palabras, si estaba y está claro que, por un lado, el régimen comunitario exige, como veremos, nexo causal entre la infracción y el daño, el cual puede verse debilitado o incluso roto como consecuencia de un comportamiento negligente de la víctima, y, por otro lado, que no resulta contrario al Derecho comunitario, antes al contrario (“en interés de la seguridad jurídica” que protege tanto al contribuyente como a la Administración”: cfr. asuntos Rewe y Comet, STJCE de 16 de diciembre de 1976, 33/76 y 45/76), fijar plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir (y razonable es un plazo de dos meses para recurrir en anulación, como tiene asumido el TJCE en el plano de la responsabilidad patrimonial de la propia Comunidad, donde considera que un sujeto no puede prevalerse de la acción de responsabilidad para eludir el plazo previsto en el artículo 230 del TCE), ¿a qué venía plantear sin más, como hace el auto, si exigir la impugnación previa en vía administrativa y judicial para poder apreciar la responsabilidad del Estado resultaba contrario al principio de efectividad?

1) Según establece el artículo 139.3 de la LRJAP-PAC, “las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”; y el administrado, según el Tribunal Supremo, no tendría el deber jurídico de soportar los daños y perjuicios derivados de una ley declarada inconstitucional, por definición antijurídica.

2) Obstáculos a un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de la ley inconstitucional podrían encontrarse, no obstante, en las doctrinas del acto consentido (por el administrado, como consecuencia del transcurso del plazo para impugnar tales actos de aplicación en vía administrativa o contencioso-administrativa) y del acto confirmado (por los tribunales, entrando en juego la fuerza de cosa juzgada).⁶

3) Tales obstáculos, sin embargo, los supera el Tribunal Supremo al considerar que la acción de responsabilidad patrimonial por actividad inconstitucional del legislador es ajena a cualquier acción que tenga por objeto reaccionar directamente contra los actos de aplicación de la ley (inconstitucional y, por tanto, antijurídica). Concretamente y según recuerda el auto del Tribunal Supremo, no son equiparables las acciones de reembolso y en su caso de anulación de liquidaciones tributarias, y las acciones de responsabilidad patrimonial “tienen naturaleza distinta y distinto fundamento y, por tanto, distinto tratamiento jurídico”.

4) De ahí que, en relación con la doctrina del acto consentido por el administrado, el Tribunal Supremo considere que “el deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la ley declarada inconstitucional no puede deducirse del hecho de que puedan o no haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos para el derecho a reclamar los ingresos indebidos o por el ejercicio de acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto tributario de liquidación; en efecto, la reclamación [de responsabilidad] es ajena a dichos actos en la medida en que no pretende la

nulidad de la liquidación ni la devolución de ingresos indebidos por parte de la Administración que ha percibido la cantidad ingresada, sino la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la actividad legislativa”.

5) Y en cuanto a la doctrina del acto confirmado por los tribunales, el Tribunal Supremo considera asimismo⁷ que “la acción de responsabilidad es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia”, dado que “el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada”.

6) Vencidos así los obstáculos del acto consentido y del acto confirmado mediante la reconducción del problema al puro terreno de la acción por responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, la fecha de un año para su ejercicio⁸ comenzaría a correr a partir de la fecha de la publicación de la correspondiente sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de la ley.

3. La doctrina del TJCE sobre la responsabilidad patrimonial de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario

El principio de responsabilidad patrimonial de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario, esto es, por los daños y perjuicios que dicha infracción pudiera ocasionar a los particulares, fue proclamado por el TJCE por vez primera en el asunto Francovich y Bonfaci (1991).⁹ Aunque refiriéndolo en especial al incumplimiento de la obligación de ejecutar correctamente las directivas, el TJCE sentó las bases de un régimen claramente objetivo, presidido por la mera *infracción lesiva* de los *derechos de los*

5. Aunque la doctrina se ha llevado a otros terrenos; por citar algún ejemplo reciente, sobre el que volveré, cfr. la STS de 9 de mayo de 2008 (número de recurso 498/2007), en relación con reclamaciones por pase a segunda actividad de funcionarios de policía por cumplimiento de la edad reglamentaria, tras la declaración de inconstitucionalidad (STC 234/1999) de la disposición adicional vigésima de la Ley 37/1988, de presupuestos generales del Estado para 1989.

6. Plasmada en el artículo 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, según el cual “las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no per-

mitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

7. Incluso cuando la cosa juzgada deriva del transcurso del plazo para agotar la vía jurisdiccional...

8. Cfr. artículo 142 de la LRJAP-PAC.

9. STJCE de 19 de noviembre de 1991 (C-6 y 9/90).

particulares mediando *nexo causal* entre el daño y el perjuicio.

Considerado el principio como “inherente al sistema del Tratado” que derivaría a su vez de otros dos principios, el de la plena efectividad del Derecho comunitario (incluida la plena protección de los derechos conferidos a los individuos) y el de cooperación leal de los estados miembros para con la Comunidad (artículo 10 del TCE),¹⁰ el TJCE estimó oportuno en *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (1996)¹¹ reforzar su fundamento destacando su naturaleza de “expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado”, obligación ésta que alcanzaría a las autoridades públicas por “los daños causados en el ejercicio de sus funciones”.

En el propio asunto *Brasserie* el TJCE homogeneizó las condiciones que habrían de presidir el régimen de responsabilidad, con independencia de que la infracción procediera de los estados miembros o de las propias instituciones comunitarias.¹² Tales condiciones, cuya apreciación varía en función de cada situación,¹³ giran, en lo que suponía una importante matización de *Franovich*, en torno a la especial calificación de la infracción como *suficientemente caracterizada*. Con otras palabras, no toda lesión de los derechos de los particulares consecuencia de una infracción del Derecho comunitario por los estados produciría el deber de éstos de indemnizar, sino sólo aquella susceptible de ser calificada de “suficientemente caracterizada”; calificación ésta que tendrá lugar bien en ausencia de margen de maniobra en la actuación del poder público en cuestión (lo que habrá de analizar caso por caso en función del contenido de la norma comunitaria vulnerada, atendiendo especialmente a su claridad, precisión e incondicionalidad), bien en presencia de dicho margen si sus fronteras sobrepasa-

das hubiesen sido previamente delimitadas por los tribunales, en particular por el TJCE.¹⁴

Ello teniendo en cuenta que existen otros factores, enunciados asimismo en *Brasserie* sin carácter taxativo,¹⁵ que también pueden incidir en la calificación o no de la infracción como “suficientemente caracterizada”, así como agravarla o atenuarla. Es el caso de la intencionalidad o involuntariedad del infractor, la excusabilidad o no de un eventual error de Derecho,¹⁶ o la posible inducción por las instituciones comunitarias, por acción u omisión, al comportamiento infractor interno.

Como también existen factores que pueden debilitar o incluso romper el nexo causal entre la infracción y el daño, como por ejemplo la falta de diligencia del perjudicado para evitar o disminuir, a través del ejercicio en su momento de las acciones pertinentes, las nocivas consecuencias en su esfera jurídica derivadas del comportamiento infractor de las autoridades públicas.

Debe advertirse, por lo demás, que el régimen nacional de responsabilidad pública desempeña un papel estelar en el funcionamiento del régimen de responsabilidad comunitario. En primer lugar, porque éste, conforme a la metodología propia de los principios generales de Derecho comunitario, sigue inspirándose en los derechos nacionales, atento el TJCE a la evolución que éstos vayan sufriendo tanto en el terreno legislativo como en el doctrinal y en el jurisprudencial. En segundo lugar, porque el régimen comunitario de responsabilidad de los estados miembros no excluye la aplicación del régimen nacional si es más favorable para el administrado¹⁷ (principio que denominaré “de preferencia” o “aplicación preferente”). Y en tercer lugar, porque las reglas que presiden esta acción de responsabilidad a ventilar ante los tribunales internos (auxiliados, en su caso, por el TJCE vía prejudicial), más allá de las condiciones sustantivas analizadas que derivan del régi-

10. Según el cual:

“Los estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

“Los estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.”

11. STJCE de 5 de marzo de 1996 (C-46 y 48/93).

12. FJ 42:

“Los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en fun-

ción de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño.”

13. Cfr. asunto *Norbrook Laboratories*, STJCE de 2 de abril de 1998 (C-127/95).

14. Cfr. p. e. asunto *Comisión v. CEVA Santé Animale*, STJCE de 12 de julio de 2005 (C-198/03 P).

15. FJ 56.

16. A cuyos efectos puede ser determinante el comportamiento de los demás estados miembros: cfr. asuntos *British Telecommunications*, STJCE de 26 de marzo de 1996 (C-392/93), y *Denkavit e.a.*, STJCE de 17 de octubre de 1996 (C-283, 291 y 292/94).

17. “Los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos” (asunto *Brasserie*, FJ 66).

men comunitario, son las nacionales,¹⁸ siempre y cuando se respeten los principios de equivalencia (tales reglas no pueden ser menos favorables que las que presiden las acciones basadas en puro Derecho interno) y efectividad (no pueden hacer imposible o excesivamente difícil el derecho de reparación).

De ahí que, en mi opinión y dicho sea de paso, no sean del todo correctos los términos en que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial en su auto de 1 de febrero de 2008:¹⁹ lo que realmente le suscitó dudas fue el alcance del principio de preferencia (y no de equivalencia), y la compatibilidad con el mismo de su doctrina de rechazo a extender el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales al terreno de las leyes anticomunitarias (pues se insiste, mientras que el principio de equivalencia se refiere a la aplicación de reglas nacionales en ausencia o insuficiencia de reglas comunitarias, el principio de preferencia concierne al desplazamiento de reglas comunitarias por reglas nacionales más favorables para el administrado).

4. En particular, la doctrina del TJCE sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes anticomunitarias

En el asunto *Brasserie*, el TJCE abordaría expresamente la cuestión de la responsabilidad del Estado-legislador por infracción del Derecho comunitario, declarando al respecto que:

“el principio conforme al cual los estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional.”²⁰

Asumido lo anterior, la construcción del TJCE de la responsabilidad patrimonial del poder público normativo (comunitario, o nacional en su faceta de ejecutor del Derecho comunitario), va a girar en torno a la naturaleza misma de la infracción, y no de su procedencia. Esto es, importará atender no tanto a la procedencia “legislativa” o “ejecutiva” de la norma

infractora, como al margen de apreciación que ésta tendría a la luz de la norma infringida. Siendo el margen inexistente, o de existir, habiendo quedado perfectamente delimitado a través de la interpretación de la norma infringida por el TJCE, la infracción presentaría los principales ingredientes para ser calificada como “suficientemente caracterizada” (con independencia, pues, de que la norma infractora proceda del Consejo, solo o actuando conjuntamente con el Parlamento, o de la Comisión, o, si referida la infracción a un Estado miembro, del Parlamento o del Gobierno nacionales, central o en su caso regional); de lo contrario, dicha calificación quedaría a expensas de manejar los ingredientes enunciados en el FJ 56 de *Brasserie* (i. e., intencionalidad o involuntariedad del infractor, etc., cualquiera que fuera, nuevamente, la procedencia del ente infractor).

5. *Excursus*: Sobre la posible responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales que sitúen al Estado en posición de infracción de sus obligaciones comunitarias

Ante la disparidad de regímenes de responsabilidad patrimonial por actividad legislativa en función de que el canon de control sea la Constitución o el Derecho comunitario, se impone la determinación de cuál resulte más favorable, en términos sustantivos, para el administrado: en el caso de ser más favorable el nacional, será éste el que deba aplicarse en virtud del principio de preferencia; de lo contrario, será el comunitario en virtud de su naturaleza subsidiaria.

Pero antes de entrar en tal determinación, y asumiendo que, según doctrina vigente del Tribunal Constitucional, la anticomunitariedad no se identifica en Derecho español, *per se*, con la inconstitucionalidad,²¹ conviene aclarar que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, sobre todo por motivos formales,²² puede situar al Estado, por el hecho mismo de tal declaración de inconstitucionalidad, en posición de infracción de sus obligaciones comunitarias (por ejemplo, por ausencia de ejecución de las directivas en plazo establecido).

18. Incluidas las concernientes al ente territorial responsable en el caso de estados descentralizados (asunto *Konle*, STJCE de 1 de junio de 1999, C-302/97).

19. Espoleado, también dicho sea de paso, por el poco rigor conceptual del propio TJCE al abordar el margen de maniobra de los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial en el contexto de infracciones del Derecho comunitario...

20. Así derivaría no sólo de la naturaleza misma del principio (“expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado”),

sino de “la exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que constituye la aplicación uniforme del Derecho comunitario”, en virtud de la cual “la obligación de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales” (FJ 29 y 33).

21. Esto es, el hecho de que una ley vulnere el Derecho comunitario no la convierte automáticamente en inconstitucional por supuesta vulneración de la cesión de soberanía operada *ex artículo* 93 de la CE (STC 28/1991, de 14 de febrero, y 64/1991, de 22 de marzo).

Con independencia de los resortes que pueda manejar el Tribunal Constitucional para evitar que tales hipótesis se hagan realidad (recurriendo por ejemplo, como hiciera allá por 1998,²³ a la técnica de la sentencia prospectiva), lo cierto es que de no hacer uso de los mismos, nos encontraríamos ante una dicotomía ausente en la cuestión suscitada por el auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008. En efecto, ya no se trataría de analizar si ante un supuesto de leyes anticomunitarias cabría aplicar, en virtud del principio de preferencia, el régimen de responsabilidad patrimonial previsto para las leyes inconstitucionales, lo que exige, como veremos, partir de la premisa de que ambos controles (de constitucionalidad y de comunitariedad) son análogos en sus elementos esenciales; se trataría de analizar, ante una confluencia de supuestos (de inconstitucionalidad y, simultáneamente, de anticomunitariedad), y descartada en consecuencia la necesidad de la referida analogía, cuál sería el aplicable por cuanto más favorable para el administrado.

6. El régimen de responsabilidad patrimonial más favorable para el administrado: ¿el propio comunitario o el nacional previsto frente a leyes inconstitucionales?

Como quedó reseñado y acabamos de reiterar, el sistema comunitario de responsabilidad de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario no excluye, antes al contrario, la entrada en juego, si es más favorable para el administrado, del sistema nacional de responsabilidad.

Comparemos, pues, el sistema de responsabilidad por leyes inconstitucionales con el sistema comunitario de responsabilidad por normas nacionales anticomunitarias (cualquiera que sea su naturaleza y rango al no ser tales elementos *per se* decisivos, como hemos visto, a la hora de configurar el régimen de responsabilidad por infracción del Derecho

comunitario), para a continuación determinar si, de aplicar el principio de aplicación preferente por cuanto más favorable para el administrado, debería extenderse el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales al terreno de las leyes anticomunitarias.

De las tres condiciones sustantivas, “necesarias y suficientes”, para la activación del régimen comunitario, la segunda de ellas, recordemos, supone que no cualquier infracción del Derecho comunitario por una norma nacional es susceptible de generar responsabilidad, sino tan sólo aquella especialmente “manifiesta y grave”²⁴ susceptible de ser catalogada como “suficientemente caracterizada”.

La doctrina del Tribunal Supremo en torno al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en cambio, gira en torno a la anti-juricidad de la ley (i. e., a la no-obligación de soportar el daño a la que se refiere el artículo 139.3 de la LRJAP-PAC), que desde luego se produce cuando aquélla es declarada inconstitucional. O lo que es igual, la mera infracción de la Constitución por la ley declarada inconstitucional abriría en principio, *per se* y sin necesidad de indagar acerca de lo grave y manifiesto del motivo de inconstitucionalidad, las puertas a una posible responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.²⁵

Consecuencia de ello, parece clara la mayor protección que ofrece al administrado el régimen nacional de responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales (según interpretación del Tribunal Supremo), si comparado con el régimen comunitario previsto para hacer frente a los daños y perjuicios derivados de normas anticomunitarias (ya sean dichas normas, se insiste una vez más, nacionales o europeas).

Y por lo que se refiere a la tercera condición para la activación del régimen comunitario de responsabilidad, concerniente al nexo causal entre la infracción y el perjuicio, el TJCE, ya en el citado asunto

22. Pues a la posible inconstitucionalidad material de una norma que desarrolle Derecho comunitario debe en todo caso preceder el examen de su posible anticomunitariedad: cfr. DTC 1/2004 de 13 de diciembre.

23. STC 195/1998, de 1 de octubre (cfr. R. ALONSO GARCÍA, B. LOZANO CUTANDA y C. PLAZA MARTÍN, “El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: Problemas competenciales y ultraeficacia protectora”, *Revista de Administración Pública*, 1999, 148, p. 99 y ss., en especial p. 118).

24. “El criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la *inobservancia manifiesta y grave*, por parte tanto de un Estado miembro como de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación” (asunto Brasserie, FJ 55).

25. Cfr. M.A. AHUMADA RUIZ, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por

una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, 62, p. 334 y ss., quien critica la doctrina del Tribunal Supremo en los siguientes términos (p. 336):

“Si se parte de la idea, creo que convencionalmente aceptada, de que cualquier cuestión de inconstitucionalidad es, sobre todo, una cuestión acerca del preciso alcance y significado de los preceptos constitucionales, o sea, un problema de interpretación (constitucional y, a veces, legal), se comprende bien lo inadecuado de conectar el ‘hecho’ de la inconstitucionalidad de la ley con el comportamiento antijurídico del legislador o, en general, con el ejercicio ilícito de su competencia. Una calificación de este tipo debería reservarse para los casos, de esperar extraordinarios, en los que el legislador deliberadamente ignora los límites inequívocos que la Constitución le impone.”

Brasserie,²⁶ consideró necesario precisar, en particular, que “para determinar el perjuicio indemnizable, el juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían”, habida cuenta de que “según un principio general común a los sistemas jurídicos de los estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola”.

Es más, según doctrina tempranamente sentada por el TJCE en relación con el régimen de responsabilidad patrimonial de la propia Comunidad por los daños causados por sus instituciones y sus agentes en el ejercicio de sus funciones²⁷ (régimen cuyos principios, como también subrayó el TJCE en Brasserie, han de ser comunes a los que presiden la responsabilidad de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario),²⁸ no cabe alterar el sistema de recursos del Tratado, intentando contrarrestar por la vía de la acción de responsabilidad los efectos de una medida que podía y debía haber sido impugnada por el afectado en el plazo de dos meses que preside la interposición de un recurso de anulación ex artículo 230 del TCE,²⁹ o cuya ilegalidad, recurrida la medida en cuestión, hubiese sido ya desestimada por el TJCE.³⁰

Frente a dicha doctrina, parece asimismo evidente que resulta más favorable para el administrado la sentada por el Tribunal Supremo en relación con las leyes inconstitucionales, en la medida en que permite reclamar por la vía de la responsabilidad los daños y perjuicios derivados de actos firmes (de aplicación

de tales leyes posteriormente declaradas inconstitucionales) por haber transcurrido el plazo de impugnación en vía administrativa o contencioso-administrativa.

Y siendo éste precisamente el caso del proceso que está en el origen de la cuestión planteada por el Tribunal Supremo al TJCE mediante el auto de 1 de febrero de 2008, no es extraño que la recurrente reclamara la aplicación del régimen nacional de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales al perjuicio que le habría ocasionado la aplicación (no impugnada en su momento) de una ley declarada contraria al Derecho comunitario por el propio TJCE.³¹

7. La analogía de supuestos como premisa para la extensión del régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales a los daños y perjuicios derivados de leyes anticomunitarias: su descarte por el Tribunal Supremo y las deficiencias de la argumentación

Sin embargo, según la doctrina del Tribunal Supremo que el auto de febrero decidió someter a escrutinio del TJCE, la extensión del régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales a los daños y perjuicios derivados de leyes anticomunitarias exigiría estar en presencia de supuestos análogos, lo que no sería el caso; y no lo sería por la diferente posición del operador jurídico, incluido en dicho concepto tanto el sujeto afectado como en última instancia el juez encargado de velar por la correcta aplicación de la ley, en función del parámetro de control de dicha ley, a saber, la Constitución o el Derecho comunitario.³² Con otras palabras, en la medida en que no podría equipararse la posición del operador jurídico frente a una ley por hipótesis

26. FJ 84 y 85.

27. Artículos 235 y 288 del TCE.

28. En una aproximación no novedosa del TJCE, que ya en materia de medidas cautelares (asunto Zuckerfabrik, STJCE de 21 de febrero de 1991, C-143/88 y 92/89, en el contexto de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para suspender provisionalmente la aplicación de actos comunitarios) había sostenido que “la protección provisional garantizada por el Derecho comunitario a los administrados ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede variar dependiendo de que impugnen la compatibilidad de disposiciones de Derecho nacional con el Derecho comunitario o la validez de actos comunitarios de Derecho derivado”; homogeneización ésta del régimen cautelar que posteriormente extendería a las medidas no suspensivas, sino de naturaleza positiva (asunto Atlanta, STJCE de 9 de noviembre de 1995, C-465/93).

29. Asunto Plaumann v. Consejo, STJCE de 15 de julio de 1963 (25/62).

30. Asunto Scheckenberg v. Comisión, STJCE de 15 de diciembre de 1966 (59/65); doctrina ésta, por cierto, que ha visto acentuada su importancia tras la negativa del TJCE a admitir la responsabilidad

extracontractual de la Comunidad por actos lícitos en el asunto FIAMM, resuelto por la STJCE de 9 de septiembre de 2008 (C120/06 P y C121/06 P).

31. En el contexto específico, además, de un recurso por incumplimiento contra España; lo que no obsta a que una reclamación similar hubiera podido sustentarse, en su caso, con fundamento en una declaración *indirecta* de incompatibilidad entre la legislación interna y el Derecho comunitario, vía cuestión prejudicial de interpretación (como de hecho sucedió en el asunto que dio lugar a la doctrina del Tribunal Supremo ahora sometida a escrutinio del TJCE, en el que la constatación de incompatibilidad de la legislación española con la comunitaria, también en materia de IVA, vino de la mano de una sentencia interpretativa: asunto Gabalfria, STCE de 21 de marzo de 2000, C-110 a 147/98).

32. Dejo a un lado la extravagante doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la supuesta diferencia de efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional si comparados con las del TJCE. “En el caso que enjuiciamos”, transcribe el auto de 1 de febrero de 2008, “la responsabilidad patrimonial que se demanda, de existir, lo sería por infracción de la normativa comunitaria, infracción que es apreciada

inconstitucional a su posición frente a una ley por hipótesis anticomunitaria, ello excluiría la obligación, derivada del principio de preferencia, de abordar por analogía las consecuencias de unas y otras en términos de responsabilidad patrimonial.

Poco o nada parece que habría que objetar a tal razonamiento, si no fuera porque, como veremos, las premisas de las que parte el Tribunal Supremo podrían no ser del todo exactas.

Expongamos cuáles son tales premisas. Según el Tribunal Supremo:

“no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la Ley, sino que únicamente pueden solicitar del tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear ‘de oficio o a instancia de parte’ al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley relevante para el fallo.”

Expresado el razonamiento en otros términos, podría sostenerse que, según el Tribunal Supremo:

1) El punto de partida sería la debilidad del administrado frente a la Ley (incluidos sus actos de aplicación) en términos reaccionales.

2) Tal posición de debilidad a la hora de intentar eliminar los efectos lesivos que para el administrado deriven de la aplicación de la Ley, debería compensarse a través de una interpretación generosa de la acción de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios vinculados a la ley declarada inconstitucional.

3) Tal interpretación generosa pasa por diferenciar el objeto de las acciones de anulación y de responsabilidad, de manera que serían aquéllas, y no éstas, las afectadas por los límites derivados de la doctrina del acto consentido (por el administrado) o confirmado (por los tribunales).

Así las cosas, el referido razonamiento elaborado en relación con las leyes inconstitucionales no podría extrapolarse, en opinión del Tribunal Supremo, al terreno de las leyes anticomunitarias, habida cuenta de que:

1) No existiría posición de debilidad, en términos reaccionales, frente a actos dictados al amparo de leyes que se reputen contrarias al Derecho comunitario, ya que el administrado puede solicitar, y el juez decidir por su propia autoridad (i. e. y por hipótesis, sin mediar cuestión prejudicial alguna), la anulación de tales actos, dejando inaplicada, incluso de oficio, la ley considerada como anticomunitaria.

2) Es más, según discutible doctrina del TJCE,³³ en mi opinión aún por aclarar, tales poderes de inaplicación de la ley, también incluso de oficio, serían predicables para la Administración pública en su faceta revisora de su propia actividad por contraria al Derecho comunitario (en cuyo caso, y aquí estaría la gran deficiencia de la construcción del TJCE si

en sentencia que resuelve una cuestión prejudicial y que por tanto no acarrea *per se* la desaparición *ex tunc* de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad; ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la ley inconstitucional normalmente sean *ex nunc*, correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso”. Extravagante doctrina ésta, como decía, por cuanto la jurisprudencia del TJCE apunta precisamente en el sentido opuesto de que, a pesar de la no-desaparición de la norma del ordenamiento jurídico (ni con carácter *ex nunc* ni con carácter *ex tunc*, pues el TJCE se limita a constatar, indirectamente, una situación de incompatibilidad a la que tiene que poner fin el Estado infractor), los jueces nacionales están obligados a aplicar la norma comunitaria, según la interpretación del TJCE, a las relaciones jurídicas nacidas antes de tal pronunciamiento interpretativo (en todo caso, a las relaciones no agotadas según el Derecho interno); y otro tanto sucede con las declaraciones de incompatibilidad realizadas en el marco de un proceso por incumplimiento, salvo que el propio TJCE haga uso de la facultad excepcional que le reconoce el artículo 231 del TCE, limitando los efectos retroactivos de su interpretación (o lo que es igual, descartando que ésta se pueda extender a situaciones jurídicas aún pendientes). Cfr. en esta línea C. CHECA GONZÁLEZ, “El derecho a la deducción del IVA en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo”,

Impuestos (La Ley), 2006, 2, p. 228. Por otro lado, sucede que en el contexto litigioso que originó el auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 resulta improcedente traer a colación tales reflexiones, no ya porque la constatación de la infracción viniera de la mano de una sentencia declarativa del incumplimiento (y no de una sentencia prejudicial de interpretación), sino porque en dicha sentencia el TJCE rechazó expresamente la petición del Gobierno español de limitar sus efectos en el tiempo (“§ 29. Por lo que respecta a la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia que ha solicitado el Gobierno español, debe recordarse que sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a establecerla. §30. Para ello, como ha señalado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, es necesario que pueda acreditarse que las autoridades estatales fueron incitadas a adoptar una normativa o a observar una conducta contraria al Derecho comunitario en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión [...]. Pues bien, en este caso no existía tal incertidumbre. No procede, por tanto, limitar los efectos en el tiempo de la presente sentencia.”).

33. Doctrina Fratelli Costanzo, STJCE de 22 de junio de 1989 (103/88).

entendida en términos absolutos, existiría dificultad, cuando no imposibilidad, de activar la cuestión prejudicial comunitaria en búsqueda de una cooperación con el propio TJCE a los efectos de respaldar el control por la Administración de la comunitariedad de la ley...³⁴

Sucede, no obstante y como adelanté, que el razonamiento del Tribunal Supremo, sobre todo en lo concerniente a la posición del administrado y del juez ante la ley supuestamente anticomunitaria, no es exacto. Y no lo es por la sencilla razón de que la determinación de tal anticomunitariedad puede exigir, y de hecho así acontece a menudo, la previa interpretación del parámetro comunitario de control.

Detengámonos, sin ir más lejos, en la doctrina del Tribunal Supremo traída a colación por el auto de 1 de febrero de 2008:

“La doctrina [de la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales] no es trasladable a los supuestos en que una norma [...] es contraria a la legislación europea, ya que tal contradicción es directamente invocable ante los tribunales españoles y, por tanto, la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después el acta de liquidación, y tanto la administración como la jurisdicción, posteriormente, debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario [se sobreentiende, dejando inaplicada la legislación interna incompatible].”³⁵

Aparte de que, como quedó señalado, está aún por aclarar el poder-deber de la Administración de inaplicar leyes contrarias al Derecho comunitario, sucede que el propio alcance del Derecho comunitario, en cuanto parámetro de control (incluidas las posibilidades que ofrezca para su aplicación directa, cuestión que todavía a día de hoy sigue perfilando la jurisprudencia del TJCE en relación, particularmente, con las directivas), puede presentar dudas cuya resolución llame a una intervención del juez comunitario vía prejudicial.

Y si en relación con la cuestión de inconstitucionalidad, veíamos que, según el Tribunal Supremo, “los

particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear [...] al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley relevante para el fallo”, en relación con la cuestión prejudicial comunitaria el TJCE tiene declarado, de manera análoga, que “el sistema instaurado por el artículo 234 de la CE, con vistas a garantizar la unidad de la interpretación del Derecho comunitario en los estados miembros, establece una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes”.

O lo que es igual, y de nuevo con palabras del TJCE: “la remisión prejudicial se basa en un diálogo entre jueces cuya iniciativa descansa en su totalidad sobre la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión.”³⁶

Por lo demás, hay que advertir que ninguna de las referidas declaraciones, del Tribunal Supremo y del TJCE, puede entenderse en el sentido de que el planteamiento de la cuestión correspondiente estaría gobernado por una suerte de “libre albedrío” del juez ordinario/interno.

Así, en lo concerniente a la cuestión de inconstitucionalidad, se puede vincular la negativa a su planteamiento a una posible vulneración de la tutela judicial efectiva si la selección de la norma aplicable finalmente operada por el juez resulta arbitraria o manifiestamente irrazonable, o fruto de un error patente, en cuyo control juegan un papel determinante los principios de motivación y congruencia.

Y otro tanto cabría decir en relación con la cuestión prejudicial, sobre todo en el contexto de litigios ante órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno (contexto, por lo demás, que poco difiere

34. Cfr., por ejemplo, las reflexiones al respecto del Consejo de Estado en su Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. El texto del informe, así como de los estudios y las ponencias que rodearon su elaboración (cfr., en lo que aquí interesa, J. BAQUERO CRUZ y D. SARMIENTO, *Principios fundamentales del ordenamiento comunitario y administraciones nacionales*), ha sido coeditado en 2008 por el propio Consejo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

35. Como, por lo demás, también puede suscitar dudas, a la hora de determinar la posible responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho comunitario, el margen de apreciación de que disponga el Estado, llamando asimismo a una intervención al respecto del juez europeo (pues no hay que olvidar que “la existencia y amplitud

de dicho margen de apreciación deben determinarse en relación con el Derecho comunitario, y no con el Derecho nacional”: asunto Haim II, STJCE de 4 de julio de 2000, C-424/97).

36. Asuntos Kempter, STJCE de 12 de febrero de 2008 (C-2/06), FJ 41 y 42, y Cartesio, STCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06), FJ 90 y 91. Debe puntualizarse, eso sí, que tales declaraciones están hechas por el TJCE a los efectos de reforzar, que no debilitar, el diálogo vía prejudicial (subrayando en Kempter que las exigencias que para el juez nacional derivan del artículo 234 del TCE no presuponen que el demandante en el litigio principal haya invocado el Derecho comunitario, y rechazando en Cartesio la posibilidad de recursos internos de apelación contra el planteamiento de cuestiones prejudiciales).

de aquel en el que se encuentra el juez ordinario ante la ley supuestamente inconstitucional: ni el juez ordinario puede por su propia autoridad declarar la inconstitucionalidad de una ley, ni el juez nacional, si está interviniendo en única o última instancia, puede por su propia autoridad resolver las dudas que le suscite la interpretación del Derecho comunitario utilizado como parámetro de control de la ley interna).

8. Pertinencia y oportunidad de la cuestión prejudicial planteada por el auto de 1 de febrero de 2008

En términos formales, nada hay que objetar, en principio, a la cuestión planteada por el auto de 1 de febrero de 2008, dado que: 1) la cuestión versa sobre las dudas interpretativas que al Tribunal Supremo le habría suscitado el alcance de una regla de Derecho comunitario; 2) obvio es que la duda puede versar sobre una regla comunitaria de Derecho positivo, o de un principio general del Derecho proclamado y desarrollado vía pretoriaza, y 3) obvio es, asimismo, que la duda puede referirse a si un principio general del Derecho comunitario, así o asá interpretado (que es precisamente el objeto de la cuestión prejudicial), ampara o deja de amparar no sólo una regla interna de Derecho positivo, sino también una regla elaborada por los tribunales nacionales.³⁷

Puede echarse en falta, no obstante, esfuerzo en el Tribunal Supremo a la hora de motivar el porqué de las dudas acerca de la compatibilidad de su propia doctrina con el Derecho comunitario. Y es que el auto del Tribunal Supremo se limita, por un lado, a

exponer su anterior doctrina en relación con la negativa a extender a las leyes anticomunitarias el régimen patrimonial admitido en relación con las leyes inconstitucionales; y, por otro lado, a exponer la doctrina del TJCE en torno al régimen de responsabilidad patrimonial de los estados miembros por infracción del Derecho comunitario, incluidos los principios de preferencia, equivalencia y efectividad. Se echa en falta, como decía, argumentación en torno a los motivos por los cuales lo que en su momento le pareció compatible con el ordenamiento jurídico comunitario, ha dejado de parecérselo ahora...³⁸

Cuestión distinta, por lo demás, es la opinión que, valga la redundancia, la cuestión prejudicial pudiera merecer desde el punto de vista de su oportunidad.

En efecto, si de aplaudir resulta, creo, la decisión del Tribunal Supremo de someter a escrutinio su propia doctrina en torno a la negación de extender a las leyes anticomunitarias el régimen de responsabilidad patrimonial elaborado en relación con las leyes inconstitucionales, algún recelo, en cambio, suscita el hecho de que la doctrina que está en el origen de la cuestión, que no es otra que la que concierne al régimen mismo de la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales, no esté tan asentada como pareciera desprenderse del auto del Tribunal Supremo; y ello debido no sólo al intenso debate que dicha doctrina suscitó en su momento³⁹ y sigue suscitando a día de hoy⁴⁰ en el mundo de la academia, sino también, y sobre todo, al igualmente intenso debate que parece haberse instalado en el seno del propio Tribunal Supremo.⁴¹

Sobre ello volveré al final de mi exposición.

37. El problema, por tanto, no está, como sostiene J. R. Rodríguez Carballo, en que “no existe la menor referencia o justificación acerca de por qué se plantea una cuestión prejudicial no sobre una norma impuesta o procedente de otro poder del Estado, sino sobre una jurisprudencia creada por el propio Tribunal Supremo y que éste puede cambiar por sí mismo”; el problema está, como el propio Rodríguez Carballo llega a advertir, en que, como veremos, no puede considerarse definitiva la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales (apuntando dicho autor incluso la “posibilidad de que cuando el TJCE resuelva la cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo ya haya cambiado su jurisprudencia sobre esta controvertida materia”). Cfr. J. R. RODRÍGUEZ CARBALLO, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las leyes internas que infringen el Derecho comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE (a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 de planteamiento de cuestión prejudicial)”, *La Ley*, 2008, 6936.

38. Sin que quepa implícitamente deducir que fueron las sentencias del TJCE de 2006 y 2007 traídas a colación por el auto (concretamente, las dictadas en los asuntos *Test Claimants in the FII Group*, C-446/04, y *Test in the Thin Cap Group*, C-524/05), las que pudieron inducirle en 2008 a la duda acerca de la compatibilidad de su doctrina con el principio de preferencia (o, según los términos de la cues-

tión, con los principios de efectividad y equivalencia), ya que, como el propio Tribunal Supremo reconoce en el auto, dichos principios estaban ya en 2004 (que es cuando el Tribunal Supremo rechaza extender el régimen de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales al terreno de las leyes anticomunitarias) perfectamente asentados en la jurisprudencia del TJCE.

39. Para un panorama de las posiciones doctrinales favorables y contrarias, cfr. J. CONCHEIRO DEL RÍO, *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Su posible reclamación con carácter retroactivo según el Tribunal Supremo*, Dijusa, Madrid, 2001.

40. Especialmente significativa es la posición crítica de E. GARCÍA DE ENTERRÍA en *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007 (2ª ed.), p. 213 y ss.

41. Dicho de una manera más cruda, parece como si el Tribunal Supremo estuviera trasladando al TJCE sus propias dudas en torno al propio régimen nacional de responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales... Me limitaré aquí a mencionar la ya citada STS de 9 de mayo de 2008 (número de recurso 408/2007), que aun manteniéndose fiel a la doctrina según la cual no podría anudarse la existencia de un supuesto deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la aplicación de una ley declarada inconstitucional a los principios de prescripción de la acción y de seguridad jurídica, cuenta con dos votos particulares, abiertamente discrepantes, en

9. Posibles respuestas del TJCE

Podrá el lector comprender a estas alturas lo arriesgado que resulta vaticinar la respuesta, más o menos exacta, que pueda ofrecernos el TJCE; riesgo éste que, además, se acrecienta en función de la distinta aproximación que, en términos de *política judicial*, pueda adoptar Luxemburgo.

Así, bien podría el TJCE (como en tantas otras ocasiones ha hecho en similares contextos de control indirecto del Derecho nacional, vía interpretación prejudicial del Derecho comunitario), poco menos que limitarse a reproducir su doctrina sobre la responsabilidad de los estados miembros, añadiendo si acaso alguna pista que permita al Tribunal Supremo adoptar la decisión última acerca de la compatibilidad entre su doctrina y el Derecho comunitario.

También podría el TJCE asumir él mismo tal decisión, pero sin llegar a entrar en un detallado examen acerca de la doctrina del Tribunal Supremo en torno al régimen de responsabilidad por leyes inconstitucionales (lo que, subrayemos de nuevo, predetermina a su vez el examen acerca de su posible extensión al supuesto de las leyes anticomunitarias); en tal caso, me aventuraría a vaticinar una respuesta del TJCE en el sentido de imponer el principio de aplicación preferente del régimen patrimonial español por leyes inconstitucionales, al menos mientras siga vigente la doctrina del Tribunal Supremo sobre estas últimas tal y como aparece sintetizada en el auto de planteamiento de la cuestión.

En fin, podría asimismo entrar el TJCE a fondo y hasta sus últimas consecuencias en el examen de la cuestión (lo que dependerá en gran medida de la profundidad de las observaciones que puedan presentarse en el marco de la cuestión, especialmente las procedentes del Gobierno español y de la Comisión, y del grado de interés que el asunto despierte en el Abogado General),⁴² en cuyo caso no hay que descartar posibles enfoques distintos a los del Tribunal Supremo, que podrían conducir, de manera sorprendente, a una solución similar a su doctrina sometida al escrutinio del TJCE.

los que se sostiene que “por exigencia del principio de seguridad jurídica, que impone la consolidación de situaciones confirmadas por sentencia o por actos administrativos de la misma naturaleza, no procede sustituir, sin desvirtuar tal principio, la imposible revisión del acto por una equivalente indemnización por daños y perjuicios”.

Adviértase, por lo demás, que mediante acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007 (BOE de 3 de Marzo 2008, núm. 54), se ha procedido a una redistribución de asuntos en la Sala Tercera, pasando de la Sección Sexta a la Sección Cuarta las cuestiones concernientes a la responsabilidad patrimonial...

Me explico: debilitado en los términos en su momento expuestos el razonamiento del Tribunal Supremo sobre la falta de similitud entre la posición del administrado y del juez ante la ley, según que el parámetro de control sea la Constitución o el Derecho comunitario, quedaría aún por comparar ambas situaciones en ausencia de la más mínima duda acerca del alcance de este último. En tal caso, podría aquí sostenerse, el juez ostentaría plenas facultades de inaplicación de la ley por su propia autoridad si llegara a considerarla incompatible con el Derecho comunitario, lo que no sucede cuando el juez carece de la más mínima duda acerca de la inconstitucionalidad de la ley, habida cuenta de que tal juicio negativo correspondería en exclusiva al juez constitucional (activada la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad).

Pero aun en este supuesto, en el que tendría cierta cabida la argumentación del Tribunal Supremo en torno a la falta de semejanza entre la inconstitucionalidad de la ley y su anticomunitariedad a los efectos de rechazar, recordemos una vez más, la extensión a éstas del régimen de responsabilidad patrimonial admitido frente aquéllas, cabría plantearse si resulta correcta la aproximación comparativa. Pues en efecto, ¿es comparable la ubicación de la ley en el sistema puramente interno de fuentes, a su ubicación en el sistema internormativo de fuentes resultante de la inserción del ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito interno? Con otras palabras: ¿es comparable la posición del legislador a la hora de desarrollar la Constitución, que la que ostenta a la hora de ejecutar, en el plano interno, el Derecho comunitario derivado? O, por el contrario, en este último caso de ejecución del Derecho comunitario derivado, ¿el término de comparación no habría que buscarlo en la posición que, en el plano estrictamente interno, ocupa el Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria a la hora de concretar la voluntad del legislador?

La cuestión, como puede fácilmente advertirse, tiene su importancia, porque una corrección de los términos de la comparación en la última línea apuntada parece que conduciría a una concordan-

42. Que probablemente sea alto, al haber decidido el TJCE atribuir la resolución del asunto a la Gran Sala (que, recordemos, está integrada, entre otros miembros, por el propio presidente del TJCE y los presidentes de salas de cinco jueces: cfr. artículo 16 del Estatuto del TJCE; y, según el artículo 44 § 3 de su Reglamento de procedimiento, “el Tribunal atribuirá a las salas de cinco o de tres jueces todos los asuntos que se le sometan, en la medida en que la dificultad o la importancia del asunto o circunstancias particulares no requieran que el asunto se atribuya a la Gran Sala”).

43. Artículos 292 y ss. de la LOPJ.

cia entre el régimen interno (referido ya a la responsabilidad por reglamentos ilegales) y el comunitario, por de pronto, en cuanto a la aceptación de la doctrina del acto consentido como elemento determinante de la ruptura del nexo causal entre la infracción y el perjuicio, quebrándose así una de las condiciones necesarias para respaldar la acción de responsabilidad...

10. El papel del juez ante la ley: ¿responsabilidad patrimonial del Estado-juez por no activar la prejudicialidad constitucional/comunitaria?

Ello nos lleva a una última reflexión, referida a la posibilidad de replantear la propia doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales.

En efecto, ¿no debería evitarse tergiversar, a través de la acción de responsabilidad, el viejo aforismo romano *volenti non fit iniuria*?

44. Tal reajuste, por lo demás, iría en la línea en su momento defendida minoritariamente en el seno del propio Tribunal Supremo (en lo que concierne a la doctrina académica, cfr. M. A. AHUMADA RUIZ, *op. cit.*, p. 340 y ss). Cfr. al respecto el voto particular de Xiol Ríos en la STS de 13 de junio de 2000 (número de recurso 567/1998), que abrió la vía de la responsabilidad a los daños y perjuicios derivados de actos consentidos. En dicho voto particular, que merece ser reproducido *in extenso*, puede leerse:

"1. La importancia de la doctrina sentada aconsejaba que se reuniese el Pleno de la Sala (artículo 197 de la LOPJ).

"2. El principio de seguridad jurídica se opone, como criterio general, al reintegro de ingresos tributarios firmes en virtud de ley declarada inconstitucional (STC 45/1989, FJ 11). El principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) obliga a soportar los daños y perjuicios que el ordenamiento impone para su efectividad. Dichos daños y perjuicios no son, en consecuencia, indemnizables (artículo 141.1 de la LRJyPAC), en contra del criterio mantenido por la mayoría de la sección.

"3. Una excepción se da en el supuesto contemplado en la sentencia de 29 de febrero de 2000 —en la que también he sido ponente—, en el que por sentencia firme se había confirmado la liquidación tributaria sin plantear cuestión de inconstitucionalidad. Aunque en nuestra sentencia no se dijera expresamente así, puede apreciarse un error judicial objetivo y sobrevenido, consistente en aplicar una ley luego declarada inconstitucional. El error judicial constituye uno de los supuestos de excepción a la eficacia de la cosa juzgada en el ámbito de la responsabilidad patrimonial [artículo 203.1.f) de la LOPJ].

"4. Pueden plantearse otros supuestos en que el reintegro no afecta a la seguridad jurídica. Siempre resultaría excluido el caso contemplado, en que la parte no hizo protesta alguna de disconformidad con el ingreso, no solicitó la devolución de ingresos indebidos y no formuló reclamación alguna, en vía administrativa ni jurisdiccional, hasta que tuvo conocimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional, transcurrido largamente el plazo de cuatro años de prescripción de las deudas tributarias y del derecho al reintegro de los ingresos indebidos (artículo 64 de la LGT).

"5. Existe una discrepancia respecto a la sentencia precedente que no se justifica satisfactoriamente. En aquélla se pone énfasis

¿Y no debería producirse un reajuste de la lectura por el Tribunal Supremo del artículo 40.1 de la LOTC, reconduciendo en su caso la actual doctrina de la responsabilidad del Estado-legislador hacia una posible responsabilidad del Estado-juez por error judicial?^{43 44}

Con otras palabras: ¿no debería reconvertirse la responsabilidad del Estado-legislador por leyes inconstitucionales en responsabilidad del Estado-juez por error judicial al no haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad, como mínimo en aquellos supuestos en los que, tras una actuación diligente del demandante a los efectos de forzar dicho planteamiento y de agotar la vía judicial, éste hubiese sido desestimado por el juzgador sin exteriorizar de manera suficiente y adecuada el fundamento de la decisión misma de rechazo?⁴⁵

A nadie escapa la complejidad de tal reconversión, habida cuenta de que implicaría trasladar al muy res-

sis en el hecho de que la parte recurrente agotó todos los recursos para hacer valer la inconstitucionalidad de la ley a la que se imputa el perjuicio hasta obtener una sentencia firme desfavorable. En ésta de la que disiento no se reconoce relevancia a la ausencia de este requisito."

Y no parece que el tiempo transcurrido desde entonces haya hecho cambiar de opinión al Magistrado disidente, hoy presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo: cfr. J. A. XIOL RÍOS, "La responsabilidad patrimonial por acto legislativo", en J. A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 1052-1053.

45. Hay que tener en cuenta que, con una argumentación que recuerda a la del Tribunal Supremo en relación con las leyes inconstitucionales, el TJCE tiene declarado lo siguiente:

"El reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución. Un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, la parte demandante en una acción de responsabilidad contra el Estado obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño" (asunto Köbler, STJCE de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, FJ 39).

Existe, no obstante, una clara diferencia entre ambas doctrinas: mientras que el TJCE exige diligencia en el comportamiento de la víctima para evitar la ruptura del nexo causal entre la infracción y el daño, incluida en tal actitud diligente el agotamiento de la vía jurisdiccional correspondiente (de ahí su referencia a los órganos jurisdiccionales que resuelvan "en última instancia"), al Tribunal Supremo le es indiferente, con carácter general, dicho comportamiento "reaccional" ante las aplicaciones de la ley ulteriormente declarada inconstitucional.

trictivo terreno del “error judicial”⁴⁶ la no muy generosa doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la posibilidad de recurrir en amparo, por vulneración de la tutela judicial efectiva, el no-planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o de la cuestión prejudicial comunitaria (entendida dicha doctrina, además, de la manera más aperturista posible).⁴⁷

Pero debe advertirse que tal reconversión, en el ámbito de la actividad judicial cubierta por el Derecho comunitario y en el contexto de una incorrecta inutilización de la cuestión prejudicial, puede venir impuesta por la doctrina del TJCE, que, con carácter general y como hemos visto, tiene declarado que existe la obligación de indemnizar aquellos daños y perjuicios derivados de una violación suficientemente caracterizada de normas comunitarias que confieran derechos a los particulares, existiendo nexo causal entre tal infracción (cualquiera que sea el poder del Estado de donde proceda, incluido, pues, el poder judicial) y la lesión sufrida por el ciudadano; doctrina que, en particular,⁴⁸ ha puntualizado que uno de los elementos a tener en cuenta a los efectos de la calificación de la infracción como “suficientemente caracterizada” sería:

“el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 de la CE, párrafo tercero.”⁴⁹

Ello, además, sin olvidar que:

“en todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.”

A lo que cabe añadir, según precisaría el TJCE en el asunto *Traghetti del Mediterraneo* (2006),⁵⁰ que:

“no cabe excluir que se cometa una violación manifiesta del Derecho comunitario aplicable, precisamen-

te en el ejercicio de esta actividad interpretativa, si el juez, por ejemplo, da a una norma comunitaria de Derecho material o procedimental un alcance manifiestamente erróneo, especialmente respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia (véase, en este sentido, la sentencia *Köbler*, antes citada, apartado 56), o si interpreta el Derecho nacional de tal manera que, en la práctica, desemboca en una violación del Derecho comunitario aplicable”.⁵¹ ■

46. Que es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción casuística, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, ha de hacerse, en el plano de la legalidad ordinaria, por los jueces y tribunales. Valga como ejemplo de la muy restrictiva aproximación del Tribunal Supremo a los requisitos para admitir el error judicial su sentencia de 21 de mayo de 1998 (número de recurso 244/1997), dictada precisamente en un contexto en el que la recurrente reprochaba al tribunal que había juzgado su asunto el no haber planteado cuestión de inconstitucionalidad, pese a haber sido instado a ello, en relación con un precepto legal que posteriormente sería declarado inconstitucional.

47. Permítaseme remitir al respecto a mi trabajo *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 277 y ss.

48. Asunto *Köbler*, antes citado, FJ 55 y 56.

49. Y en relación con dicho incumplimiento, recordemos que no es siquiera preciso que las partes hayan invocado el Derecho comunitario: cfr. asunto *Kempter*, antes citado.

50. STJCE de 13 de junio de 2006 (C-173/03), FJ 35.

51. Y continuó el TJCE:

“§36. Como señaló el Abogado General en el punto 52 de sus conclusiones, excluir, en estas circunstancias, cualquier responsabilidad del Estado debido a que la violación del Derecho comunitario procede de una operación de interpretación de las normas jurídicas efectuada por un órgano jurisdiccional equivaldría a vaciar de su propio contenido al principio establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Köbler*, antes citada. Esta apreciación es pertinente, con mayor motivo, respecto a los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia, que se encargan, en el plano nacional, de la interpretación uniforme de las normas jurídicas. §37. Procede extraer la misma conclusión por lo que respecta a una normativa que excluye, con carácter general, cualquier posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado cuando la violación imputable a un órgano jurisdiccional de dicho Estado resulta de una apreciación de los hechos y de las pruebas.”

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 la 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 abril de 2008 hasta el 31 de julio de 2008, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de junio 2008 hasta el 30 de setiembre de 2008.

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.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Se vulnera el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la CE), en los recursos contencioso-administrativos formulados contra la resolución que deniega la declaración de prescripción de los procedimientos de infracción urbanística y de orden de derribo, cuando no se admite la prueba documental privada (consistente en la aportación de las facturas de pintura del chalet, de montaje de puertas y el albarán de la entrega y el interrogatorio de testigos sobre estos documentos), si es relevante para determinar la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción

SUPUESTO DE HECHO

El Decreto de la Alcaldía de Albaterra de 27 de junio de 2003 impuso una sanción por infracción urbanística y ordenó la demolición de las obras no legalizables, que consistían en la edificación de una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable común, sin disponer de la licencia municipal y de la autorización previa de la Comisión Territorial de Urbanismo. Por el Decreto de 18 de septiembre de 2003, se estimó parcialmente el recurso de reposición formulado por el demandante de amparo, por caducidad del expediente sancionador, pero se desestimó en cuanto a la prescripción de la infracción y de la acción para restablecer la legalidad urbanística. El propio Decreto de 18 de septiembre de 2003 acordó incoar un nuevo expediente sancionador.

A partir de esta resolución, y ya en vía contencioso-administrativa, el propietario del inmueble va a recurrirla por entender que la infracción ha prescrito. Sostiene que el inicio del cómputo de prescripción se produce a partir del 10 de febrero de 1999, cuando el técnico municipal, a efectos de valorar el importe de la sanción (el 20% del valor de lo construido), consideró finalizadas las obras. Para probarlo, en primera instancia, propone: a) documental pública referida al expediente administrativo; b) documental privada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 265 de la LECivil, consistente en la aportación de las facturas de pintura del chalet de 11 de diciembre de 1998, la factura de puertas del chalet de 11 de noviembre de 1998 y el albarán de la entrega de muebles del chalet de 28 de diciembre de 1998, todo ello con el fin de demostrar que las obras estaban totalmente finalizadas el 10 de febrero de 1999, y c) interrogatorio de testigos, concretamente de un empleado del Ayuntamiento de Albaterra, de un técnico del citado ayuntamiento, del pintor del chalet, del carpintero y del estucador.

El juez en primera instancia rechazó la prueba documental privada porque las facturas debían haberse aportado con la demanda contencioso-administrativa para acreditar el fundamento de aquélla y la prueba testifical fue reducida a dos testigos. En el acta de la prueba testifical de 6 de abril de 2004, el ingeniero municipal declaró que consideró acabada la vivienda el 10 de febrero de 1999 a efectos de su valoración, pero que faltaban los revestimientos de fachada y la pintura interior.

La sentencia de primera instancia, de 9 de junio de 2004, desestimó el recurso contencioso-administrativo. El demandante de amparo recurrió en apelación invocando la lesión de sus derechos fundamentales a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 de la CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la CE), producida por la sentencia de instancia, con la inadmisión de la prueba documental privada y la limitación de la testifical propuesta a dos testigos. Mediante otrosí volvió a proponer las pruebas no admitidas en la instancia.

En apelación se denegó el recibimiento del pleito y mediante la sentencia de 24 de marzo de 2005 desestimó el recurso de apelación. La sentencia declaró que no concurría la prescripción.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia 86/2008. Recurso de amparo 3193/2005

FECHA: 21 de julio de 2008

PONENTE: Doña Elisa Pérez Vera

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.2 de la CE y artículo 56 de la LJCA

DOCTRINA: Se vulnera el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la CE), en los recursos contencioso-administrativos formulados contra la resolución que deniega la declaración de prescripción de los procedimientos de infracción urbanística y de orden de derribo, cuando no se admite la prueba documental privada (consistente en la aportación de las facturas de pintura del chalet, de montaje de puertas y el albarán de la entrega y el interrogatorio de testigos sobre estos documentos), si es relevante para determinar la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción.

El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la CE) y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 de la CE), producida por las dos sentencias dictadas, así como por los autos que denegaron el recibimiento a prueba del pleito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional inicia el análisis de la cuestión a través del estudio del motivo del recurso de amparo relativo a la vulneración del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, porque su estimación debe conllevar la nulidad de lo actuado y la retroacción de la causa. Para ello resume su doctrina sobre ese derecho:

“a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal [...], de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, STC 133/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 133), F 3.a)].

"b) Este derecho no tiene carácter absoluto [...] atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas (pruebas) que sean pertinentes [...].

"c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas [...].

"d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 de la CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (STC 1/1996, de 15 de enero [RTC 1996, 1], F 2, y 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70], F 5, por todas); y, por otro, la prueba denegada o impracticada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (STC 217/1998, de 16 de noviembre [RTC 1998, 217], F 2; 219/1998, de 27 de enero [RTC 1998, 219], F 3).

"e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 133], F 3; 359/2006, de 18 de diciembre [RTC 2006, 359], F 2; 77/2007, de 16 de abril [RTC 2007, 77], F 3)." (FD 3)

En el caso concreto, resuelve la infracción del derecho con la argumentación que la interpretación del artículo 56.4 de la LJCA:

"resultó en exceso formalista y no respetuosa con el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes

para la defensa (artículo 24.2 de la CE), además de ir en contra del sentido garantista de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de prueba en procedimientos administrativos sancionadores (ex artículo 60.3 de la LJCA). En efecto, las pruebas inadmitidas se manifestaban, en principio, relevantes para la acreditación de la fecha de finalización de las obras sin que resulte constitucionalmente admisible que aquéllas fueran rechazadas y que, posteriormente, el órgano judicial desestimase el recurso contencioso-administrativo por falta de prueba (STC 359/2006, de 18 de diciembre [RTC 2006, 359], F 5). Además, esta lesión no fue reparada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que inadmitió las pruebas que habían sido inadmitidas en la instancia porque no se daba ninguno de los supuestos previstos en el artículo 85.3 de la LJCA, 'ya que la prueba propuesta ni fue denegada indebidamente en primera instancia ni tampoco no practicada por causa no imputable a la parte' (auto de 16 de noviembre de 2004) y por la innecesariedad de las mismas (auto de 21 de diciembre de 2004). Como acertadamente alega el Ministerio Fiscal, las sentencias impugnadas declararon no probada la fecha de finalización de las obras y, aun así, rechazaron por cuestiones formales las pruebas propuestas por el demandante de amparo, causando de esta manera indefensión, ya que eran relevantes para determinar el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para la prescripción de las infracciones graves y de la adopción de las medidas del artículo 185 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1976 (RCL 1976, 1192), lo que debe declararse lesivo del derecho fundamental del recurrente de amparo a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 de la CE), con el consiguiente otorgamiento del amparo solicitado." (FD 5)

Por todo ello, el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo, declara que ha sido vulnerado el derecho del demandante en amparo a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la CE) y retrotrae las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera resolución de inadmisión de prueba.

Tribunal Constitucional. La inadmisión de un recurso contencioso-administrativo por no haberse interpuesto dentro del plazo legalmente establecido para la impugnación del silencio administrativo (artículo 46.1 de la LJCA) conlleva una interpretación que no puede calificarse de razonable por el hecho de primar la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver. Con ello se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción

SUPUESTO DE HECHO

El 25 de abril de 2000 el demandante de amparo formuló una reclamación de indemnización de 71.750,03 euros por responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Benalúa de las Villas, que solicitó el 10 de noviembre de 2000 dictamen al Consejo Consultivo de Andalucía, que devolvió el expediente al Ayuntamiento para subsanar defectos formales. El Ayuntamiento solicitó de nuevo el 1 de febrero de 2001 el preceptivo dictamen al Consejo Consultivo de Andalucía, que fue emitido el 5 de abril de 2001 y tuvo entrada en el Ayuntamiento el 8 de mayo siguiente. El Consejo Consultivo de Andalucía dictaminó que procedía desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no apreciarse relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio municipal al que se imputa el daño y el resultado lesivo por el que se reclama. El Ayuntamiento no dicta una resolución desestimatoria expresa.

El 6 de junio de 2001 el demandante presentó un escrito en el Ayuntamiento de Benalúa de las Villas solicitando que se dictase resolución expresa de su reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial. El Ayuntamiento no dictó resolu-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia 106/2008. Recurso de amparo 10797/2006

FECHA: 15 de septiembre de 2008

PONENTE: Don Manuel Aragón Reyes

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE y artículo 46 de la LJCA

DOCTRINA: La inadmisión de un recurso contencioso-administrativo por no haberse interpuesto dentro del plazo legalmente establecido para la impugnación del silencio administrativo (artículo 46.1 de la LJCA) conlleva una interpretación que no puede calificarse de razonable por el hecho de primar la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver. Con ello se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

ción alguna y el 5 de septiembre de 2001 el demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, que fue declarado inadmisibile por la sentencia de 30 de octubre de 2006.

El argumento de la sala es que, formulada la reclamación el 25 de abril de 2000, la misma podía entenderse desestimada (artículo 142.7 de la LPC) por el transcurso del plazo de seis meses para dictar resolución que establece el artículo 13.3 del Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, esto es, el 25 de octubre de 2000. En consecuencia, el plazo de seis meses establecido en el artículo 46.1 de la LJCA para interponer un recurso contencioso-administrativo comenzó a correr el 26 de octubre de 2000, día siguiente a aquel en que se produjo la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, y expiró el 25 de abril de 2001, mucho antes del 5 de septiembre de 2001, fecha en la que se interpuso el recurso contencioso-administrativo por el demandante, de modo que procede su inadmisión en aplicación del artículo 69.e) de la LJCA.

Contra esta sentencia se interpone un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional la anula.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La demanda de amparo, como queja principal, sostiene que la sentencia impugnada, que no admite por extemporáneo el recurso contencioso-administrativo interpuesto, ha vulnerado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

El Tribunal Constitucional pone de manifiesto que la cuestión suscitada es sustancialmente idéntica a la resuelta en anteriores pronunciamientos, que constituyen una consolidada doctrina sobre la fijación y cómputo de los plazos para impugnar actos desestimatorios presuntos por silencio administrativo (STC 6/1986, de 21 de enero; 204/1987, de 21 de diciembre; 188/2003, de 27 de octubre; 39/2006, de 13 de febrero; 321/2006, de 20 de noviembre; 239/2007, de 10 de diciembre, y 3/2008, de 21 de enero, por todas.

La doctrina es plenamente aplicable al caso y se reitera:

“En efecto, este Tribunal 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 ello hemos declarado que ante una desestimación presunta el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración; concluyéndose, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el referido consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental garantizado por el artículo 24.1 de la CE.

“La sentencia primó así la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiese cumplido su deber de resolver expresamente y de notificar con todos los requisitos legales, vulnerando de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.”

Por ello, el Tribunal Constitucional otorga el amparo, reconoce su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) de la CE y declara la nulidad de la sentencia y retrotrae las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, a fin de que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con plenitud de jurisdicción, pero con respeto al derecho fundamental reconocido, dicte la resolución que proceda en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el demandante.

Tribunal Constitucional. Vulnera la libertad sindical el hecho de no reconocer el tiempo dedicado a realizar funciones sindicales (cargos sindicales como liberado sindical a tiempo completo), como mérito de experiencia para su valoración en un concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes de personal funcionario

SUPUESTO DE HECHO

El recurrente en amparo es funcionario de la Junta de Extremadura y ha desempeñado cargos sindicales como liberado sindical a tiempo completo desde el 1 de mayo de 1993 hasta el 15 de julio de 1995, y desde el 20 de septiembre de 1996 hasta el 15 de abril de 2002.

La Consejería de Presidencia de la Junta de Extremadura convocó una provisión de puestos de trabajo vacantes de personal funcionario de la Junta de Extremadura por el procedimiento de concurso. En las bases se establecía que la experiencia se valoraría hasta un máximo de 4 puntos, y que ese mérito debía ser acreditado por el interesado mediante certificación expedida por el secretario general de la consejería correspondiente.

A petición del recurrente fue expedido por la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia un certificado de experiencias y méritos, en el que no se computó el tiempo de liberación sindical, y el recurrente solicitó la emisión de un nuevo

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia 90/2008. Recurso de amparo 6165/2006

FECHA: 21 de julio de 2008

PONENTE: Don Javier Delgado Barrio

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 28 de la CE

DOCTRINA: Vulnera la libertad sindical no reconocer el tiempo dedicado a realizar funciones sindicales (cargos sindicales como liberado sindical a tiempo completo), como mérito de experiencia para su valoración en un concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes de personal funcionario.

certificado con el objeto de que tal período de tiempo le fuese acreditado como mérito de experiencia profesional.

La Secretaría General desestimó su petición al considerar que el tiempo durante el cual permaneció como liberado sindical no podía ser valorado como experiencia, ya que esta última equivale a ejercicio efectivo de funciones y realización de los actos propios de la profesión.

Contra esa decisión, el recurrente formuló un recurso contencioso-administrativo al considerarla contraria a Derecho, alegando la vulneración del derecho a la igualdad y del principio de indemnidad económica y profesional que conlleva el ejercicio de la libertad sindical reconocida en el artículo 28.1 de la CE.

El anterior recurso fue desestimado en primera instancia mediante una sentencia que confirmó lo decidido por la Administración demandada y también fue desestimado el recurso de apelación.

El Tribunal Constitucional estima el recurso y anula las sentencias y la resolución administrativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La demanda de amparo pretende la anulación de las sentencias dictadas que deniegan al recurrente en amparo su solicitud relativa al reconocimiento como experiencia profesional del período en el que se mantuvo como liberado sindical a tiempo completo, a los efectos de su cómputo como mérito en el concurso para la provisión de puestos de trabajo. Se considera que tales resoluciones judiciales vulneran su derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), vinculado con el derecho de libertad sindical, y de manera directa la libertad sindical (artículo 28.1 de la CE), en tanto en cuanto suponen un perjuicio económico y profesional incompatible con la garantía de indemnidad que veda cualquier diferencia de trato por razón de la actividad sindical.

El Tribunal Constitucional recuerda que ha sostenido que la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesitan de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. Y entre ellas figura la de la indemnidad, que el Tribunal Constitucional define como:

“el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa, lo que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores (por todas, STC 200/2007, de 24 de septiembre, F 2, y 257/2007, de 17 de diciembre, F 2).”

En palabras del Tribunal Constitucional:

“El derecho a la libertad sindical queda así menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, lo que no sólo repercute en el representante que soporta dicho menoscabo sino que, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales, se proyecta asimismo sobre la organización correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (STC 191/1998, de 29 de septiembre, F 5).”

Para cerrar el marco constitucional en el que debe insertarse el debate concluye:

“Como sucede con los demás derechos fundamentales, esta garantía de indemnidad sindical puede verse limitada por la concurrencia de otros bienes y derechos constitucionales, y entre ellos por el mandato de eficacia en la actuación de la

Administración pública. De esta concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la Constitución, pero habrá de tratarse, en todo caso, de sacrificios justificados en tanto que proporcionados, esto es, adecuados, indispensables y moderados (STC 265/2000, de 13 de noviembre, F 5; 336/2005, de 20 de diciembre, F 5, y 257/2007, de 17 de diciembre, F 2).”

El problema planteado se circunscribe a que el recurrente al ser liberado sindical sufre un menoscabo en su carrera profesional, al no poder alegar como mérito para su valoración en el concurso el tiempo dedicado a realizar esas específicas funciones representativas. Con ello, señala el Tribunal Constitucional:

“indirectamente, se le obliga a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical, colocándolo en el trance de sacrificar ésta y reincorporarse a su puesto de trabajo para que se le pueda aplicar, del mismo modo que al resto de los trabajadores, las bases de la convocatoria del concurso que evalúan los méritos a efectos de promoción interna.”

La postura mantenida por la Administración (avalada judicialmente), según el Tribunal Constitucional, no encuentra justificación en la preservación de la eficacia administrativa y “constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho a la libertad sindical. Por un lado, por su potencial efecto disuasorio para el trabajador que realiza la actividad sindical, que ve limitada sus posibilidades de promoción profesional y movilidad; y, por otro lado, por la proyección que tiene sobre la organización sindical correspondiente, afectando a la labor de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución le encomienda en su artículo 7 y que lleva a cabo en gran medida a través de sus representantes sindicales”.

El Tribunal Constitucional concluye que se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 de la CE) y anula las sentencias dictadas y la resolución administrativa recurrida.

Tribunal Constitucional. La exigencia de fases separadas de instrucción y resolución en el procedimiento administrativo sancionador es una garantía legal que no tiene contenido constitucional. La imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, en esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos, dado que lo que del instructor cabe reclamar, ex artículos 24 y 103 de la CE, no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal inexistente

SUPUESTO DE HECHO

La actora, que ejerce la actividad de promoción inmobiliaria, presentó en plazo la autoliquidación correspondiente al impuesto sobre sociedades del ejercicio 1991, con un resultado negativo, solicitando la devolución de las retenciones soportadas, lo que se llevó a efecto por la Administración tributaria con fecha de 10 de marzo de 1993.

Como consecuencia de las comprobaciones efectuadas a la entidad actora, con fecha de 20 de noviembre de 1997 se levantó por el inspector actuario un acta de disconformidad por el impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio 1991, en la que se aumentaba la base declarada.

Por acuerdo de la inspectora jefe de la Delegación de Las Palmas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de fecha 5 de agosto de 1998, se incrementa la base imponible del ejercicio, cuya determinación “se efectúa a partir de los extractos aportados por las distintas entidades bancarias y que constan en el expediente”; que la entidad inspeccionada ha dejado de declarar como consecuencia de una operación vinculada de cesión de capitales a determinados socios.

Contra la anterior liquidación se formula una reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo, que la estima en parte, anulando la liquidación de intereses de demora contenida en la liquidación impugnada para que se practique otra en su lugar aplicando el tipo de interés vigente en cada momento del período de generación.

Se recurre la resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sólo en lo que se refiere a la sanción impuesta, que lo desestima mediante sentencia de fecha de 28 de enero de 2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En la demanda de amparo se imputa a la resolución judicial la lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) a utilizar los medios de prueba y a un procedimiento con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) y a no autoincriminarse y a no declarar contra sí mismo (artículo 24.2 de la CE), como consecuencia de haberse impuesto una sanción tributaria en el mismo procedimiento y por la misma persona que tramitó el procedimiento de regularización tributaria.

El Tribunal Constitucional para justificar la inadmisión argumenta:

a) Para el Tribunal Constitucional la entidad demandante de amparo confunde “pretensiones” con “alegaciones” y afirma que: “para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (STC 40/2006, de 13 de febrero [RTC 2006, 40], F 2; 54/2007, de 12 de marzo [RTC 2007, 54], F 4, y 67/2007, de 27 de marzo [RTC 2007, 67], F 2).”

b) El Tribunal Constitucional tampoco considera con trascendencia constitucional que la queja referida a la necesidad de un

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Auto 186/2008

FECHA: 25 de junio de 2008

PONENTE: Desconocido

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 24 y 103 de la CE

DOCTRINA: La exigencia que la imposición de sanciones debe realizarse mediante un expediente distinto o independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria del sujeto infractor es una garantía que tiene sólo naturaleza legal, sin que se trate de una exigencia constitucional que pueda anclarse en el artículo 24 de la CE. El Tribunal Constitucional no requiere en materia sancionadora la separación de procedimientos, sino que se garantice el derecho de defensa del imputado en los procedimientos dirigidos a la imposición de una sanción, razón por la cual no se produce lesión alguna por el solo hecho de que en cualquiera de los procedimientos de aplicación de los tributos pueda imponerse, además, una sanción.

La exigencia de fases separadas de instrucción y resolución en el procedimiento administrativo sancionador es una garantía legal que no tiene contenido constitucional. La imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, en esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos, dado que lo que del instructor cabe reclamar, ex artículos 24 y 103 de la CE, no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal inexistente.

procedimiento separado para la imposición de las sanciones tiene alcance constitucional. El Tribunal Constitucional establece que:

“Aun cuando es cierto que, conforme al entonces artículo 34.1 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes, exige que la imposición de sanciones debía realizarse ‘mediante un expediente distinto o independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria del sujeto infractor, en el que se dará en todo caso audiencia al interesado’, [...] dicha garantía tiene

sólo naturaleza legal, al haber sido adoptada por el legislador en el ejercicio de su libertad de configuración, sin que se trate de una exigencia constitucional que pueda anclarse en el artículo 24 de la CE. En efecto, lo que este Tribunal ha venido requiriendo en materia sancionadora no ha sido la separación de procedimientos, cual pretende la parte actora, sino que se garantice el derecho de defensa del imputado en los procedimientos dirigidos a la imposición de una sanción, razón por la cual no se produce lesión alguna por el solo hecho de que en cualquiera de los procedimientos de aplicación de los tributos pueda imponerse, además, una sanción.”

Argumentado lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que en el caso de autos se respetaron todas las garantías que el artículo 24.2 de la CE exige en la imposición de una sanción, pues ha habido un procedimiento administrativo dirigido a tal fin, aun cuando su tramitación fuese simultánea o conjunta al proceso de regularización, en el que se ha respetado el principio acusatorio.

c) En relación con la queja relativa a la separación de las fases de instrucción y de resolución en el procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal Constitucional afirma que no tiene trascendencia constitucional. Establece que:

“La pretendida necesidad de unas fases separadas en el procedimiento administrativo sancionador representa una garantía legal que no tiene contenido constitucional, pues si bien la STC 145/1988, de 12 de julio (con relación a la Ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes) declaró inconstitucional la acumulación en una misma persona de las fases de instrucción y fallo de un proceso penal, por vulneración de la garantía de la imparcialidad judicial (artículo 24.2 de la CE), dado que la actividad instructora ‘puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar’ (F 5), sin embargo, la garantía de la imparcialidad judicial no constituye una de esas garantías que son trasladables, sin más, al procedimiento administrativo sancionador (entre otras, STC 2/2003,

de 16 de enero [RTC 2003, 2], F 10; 74/2004, de 22 de abril [RTC 2004, 74], F 5, y 174/2005, de 4 de julio [RTC 2005, 174], F 2), pues, ‘sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, en esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos [STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76), F 8.b); 14/1990, de 22 de febrero (RTC 1990, 14), F 4; 14/1999, de 22 de febrero (RTC 1999, 14), F 4, y 174/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 174), F 2], dado que lo que del instructor cabe reclamar, ex artículos 24 y 103 de la CE (RCL 1978, 2836), no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, [...] desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal’ (STC 14/1990, de 22 de febrero [RTC 1990, 14], F 4).”

Por ello, el Tribunal Constitucional establece que el principio del procedimiento sancionador establecido en el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conforme al cual “los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolos a órganos distintos”, es “un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales a través de los correspondientes recursos, sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea, como pretende la entidad recurrente, una garantía derivada, con el carácter de derecho fundamental, del artículo 24.2 de la CE, cuyas exigencias, relativas a la imparcialidad judicial, sólo rigen para el órgano judicial que deba resolver sobre la legalidad de la actuación administrativa. De ese modo, la eventual infracción en un procedimiento administrativo sancionador del principio de que se encomiende a órganos distintos la fase instructora y la sancionadora carece de relevancia constitucional a los efectos del artículo 24.2 de la CE (STC 174/2005, de 4 de julio [RTC 2005, 174], F 2).”

Por todo ello, el Tribunal Constitucional acuerda inadmitir a trámite el recurso de amparo.

Tribunal Constitucional. Un municipio tiene legitimación activa para impugnar una actividad de hecho imputable a otro municipio, para defender intereses o derechos de vecinos concretos del municipio, cuando en el ejercicio de sus competencias ostenta además de la defensa de los concretos intereses o derechos de sus vecinos, también el interés legítimo propio del mantenimiento del orden público en su territorio.

El interés del municipio no se limita exclusivamente a la cesación de una actuación concreta de otro municipio que lesiona derechos de unos concretos vecinos, sino que, más allá del fallo, se persigue la obtención de una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión que contribuya a solucionar los continuos problemas que afectan a la mayoría de sus vecinos

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Lena y el de Quirós a lo largo de la historia han celebrado convenios y pactos sobre la forma de aprovechamiento común de los pastos de montaña en determinadas zonas limítrofes entre sus municipios. Como consecuencia de la aprehensión —“prindajes”— que el Ayuntamiento de Quirós realizó de varias caballerizas que pertenecían a ganaderos vecinos del Ayuntamiento de Lena, este municipio interpuso un recurso contencioso-administrativo frente a la actuación material de aquél.

En la demanda del Ayuntamiento de Lena se solicita también que se declare nula y se tenga por no puesta la mención que se efectúa en el anexo del Plan anual de aprovechamiento en montes de utilidad pública del municipio de Quirós para el año 2000,

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia 85/2008. Recurso de amparo 5261/2004

FECHA: 21 de julio de 2008

PONENTE: Doña María Emilia Casas Baamonde

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE

DOCTRINA: Un municipio tiene legitimación activa para impugnar una actividad de hecho imputable a otro municipio, para defender intereses o derechos

pidiendo en última instancia que se ordene al citado Ayuntamiento la devolución del aval prestado por el Ayuntamiento de Lena en garantía de los “prindajes” efectuados.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias dicta una sentencia en la que inadmite el recurso por falta de legitimación del Ayuntamiento de Lena, considerando que al impugnarse una vía de hecho consistente en el “prindaje” de caballerizas pertenecientes a vecinos concretos del Ayuntamiento recurrente, éste carecía de un interés que justificara su legitimación.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo, anula la sentencia y retrotrae las actuaciones al momento procesal oportuno una vez reconocida la legitimación para recurrir.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Ayuntamiento de Lena formula un recurso de amparo y argumenta que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), en su vertiente de acceso a la justicia, al negarle legitimación activa para impugnar la actividad administrativa llevada a cabo por el Ayuntamiento de Quirós.

El Tribunal Constitucional inicia el enjuiciamiento del fondo de la cuestión, recuerda que tal como ya afirmó en la STC 175/2001, de 26 de julio, “las personas públicas son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso, constituyendo doctrina consolidada de este Tribunal (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo [RTC 2007, 52], F 2) que uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE [RCL 1978, 2836]) es el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión”.

El marco de la doctrina ya establecida por el Tribunal Constitucional para resolver la cuestión es:

—“la apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, y por ende la legitimación activa para recurrir, es, en principio, cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales *ex* artículo 117.3 de la CE (por todas, STC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F 2, y 358/2006, de 18 de diciembre [RTC 2006, 358], F 3), estos últimos quedan compelidos a interpretar las normas procesales que la regulan no sólo de manera razonable y razonada, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, STC 220/2001, de 31 de octubre, F 4; 3/2004, de 14 de enero, F 3; 73/2004, de 22 de abril, F 3, y 73/2006, de 13 de marzo).”

—“En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, hemos precisado (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo, F 3) que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta.”

El Tribunal Constitucional considera que, en principio, podría no resultar irrazonable denegar legitimación activa a un ayunta-

de vecinos concretos del municipio, cuando en el ejercicio de sus competencias ostenta además de la defensa de los concretos intereses o derechos de sus vecinos, también el interés legítimo propio del mantenimiento del orden público en su territorio. El interés del municipio no se limita exclusivamente a la cesación de una actuación concreta de otro municipio que lesiona derechos de unos concretos vecinos, sino que, más allá del fallo, se persigue la obtención de una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión que contribuya a solucionar los continuos problemas que afectan a la mayoría de sus vecinos.

miento para impugnar una actividad de hecho imputable a otro, consistente en el “prindaje” o aprehensión de caballerizas que pertenecen a vecinos concretos del ayuntamiento demandante, ya que no cabe atribuir, en términos generales, al municipio legitimación directa para defender cualquier interés o derecho de cada uno de sus vecinos.

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional argumenta que:

“en el presente recurso de amparo, el Ayuntamiento ha justificado extensamente por qué se considera legitimado en este caso concreto para la defensa de los intereses de sus vecinos. Se puso de manifiesto en el recurso contencioso los continuos problemas que han existido desde tiempo inmemorial en el aprovechamiento de pastos entre los ayuntamientos de Lena y de Quirós, siendo habituales las disputas sobre lo que denominan ‘guerra de pastos’ entre los ayuntamientos en cuestión, multiplicándose los procesos judiciales para remediar las continuas disputas. Argumenta la corporación, para justificar su interés y por tanto su legitimación, que durante los últimos años se han agravado estos conflictos y se han llegado a producir altercados de orden público como consecuencia de los continuos problemas entre los vecinos de los dos municipios.”

El Tribunal Constitucional argumenta la legitimación del Ayuntamiento de Lena del siguiente modo:

“A la vista de las concretas circunstancias del presente caso, no puede considerarse irrazonable que el Ayuntamiento, en el ejercicio de sus competencias, ostenta un interés legítimo en el mantenimiento del orden público en su territorio, y por ello cabe entender, que al impugnar una vía de hecho consistente en determinados ‘prindajes’, el interés del municipio recurrente no se limita exclusivamente a la cesación de dicha actuación concreta, sino que, más allá del fallo, se persigue la obtención de una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión que contribuya a solucionar los continuos problemas que afectan a la mayoría de sus vecinos.”

El Tribunal Constitucional, por ello, considera que el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, al negar la existencia de un interés legítimo del Ayuntamiento de Lena que le otorgara legitimación en el proceso, por el mero hecho de que las caballerizas “prindadas” pertenecían a vecinos concretos y no al Ayuntamiento, sin haber ponderado las razones expuestas en la demanda contenciosa, debe calificarse, en palabras del Tribunal Constitucional:

“excesivamente formalista y desproporcionada en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso.”

El Tribunal Constitucional otorga el amparo, anula la sentencia y retrotrae las actuaciones al momento procesal oportuno una vez reconocida la legitimación para recurrir.

Tribunal Constitucional. La falta de notificación o la notificación incorrecta de los acuerdos de iniciación de los expedientes sancionadores y de las respectivas propuestas de resolución se asimila por el Tribunal Constitucional a la imposición de sanciones sin procedimiento alguno.

La vulneración del derecho a la defensa en vía administrativa no cabe subsanarla en vía contenciosa-administrativa

SUPUESTO DE HECHO

Al recurrente le notificaron en su domicilio, el 28 de mayo de 2003, las resoluciones sancionadoras adoptadas por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca por la comisión de sendas infracciones de carácter grave consistentes en realizar "Actividad de publicidad dinámica sin licencia". Frente a dichas resoluciones interpuso un recurso de reposición ante el propio Ayuntamiento por la indefensión que se le había ocasionado la falta de notificación de las denuncias, de los acuerdos de incoación de los expedientes y propuestas de resolución; asimismo, alegaba la insuficiente motivación de las sanciones y la no-acreditación de la agravante de reincidencia aplicada por la Administración en el expediente sancionador.

El recurso de reposición fue desestimado, al considerar la Administración que las notificaciones fueron efectuadas correctamente en cada fase del procedimiento sancionador ya que, según el agente notificador, el recurrente era desconocido en el domicilio fijado; por otra parte, tampoco las alegaciones relativas a la motivación del acto ni a la acreditación de la reincidencia fueron estimadas; en cualquier caso, la desestimación del recurso contenía, no obstante, una especificación de los expedientes administrativos sancionadores que determinaban la aplicación de la agravante de reincidencia y se refería, asimismo, a la motivación de las resoluciones recurridas.

Contra esta desestimación el demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo, en el que, en síntesis, alegaba los siguientes motivos: su domicilio era conocido en todo momento por la Administración, como lo demuestra el hecho de haber sido correctamente notificado de las resoluciones sancionadoras, y por ello, en las fases precedentes del proceso sancionador, en ese mismo domicilio no podría ser el recurrente desconocido como alega el Ayuntamiento de Palma de Mallorca; esta circunstancia le habría ocasionado indefensión material. En segundo término, alegaba la nulidad de las sanciones por apreciar indebidamente la agravante de reincidencia y por defectuosa motivación y desproporcionalidad de las sanciones finalmente impuestas.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, mediante la sentencia de 5 de julio de 2004, desestimó el recurso planteado, argumentando que "del expediente administrativo y de los demás documentos incorporados a la causa resulta que todas las notificaciones efectuadas en el expediente sancionador fueron intentadas y con el resultado de desconocido su destinatario, habiéndose consignado en las hojas de cartería las fechas en que se intentaron practicar las diligencias así como la circunstancia de la no-recepción de las notificaciones, tanto del acuerdo de inicio del expediente sancionador como la propuesta de resolución"; constata asimismo el órgano judicial que una vez intentadas las notificaciones con el resultado de destinatario desconocido, fueron publicadas en el BOIB y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, donde reside el demandante. De todo ello deduce que la Administración actuó correctamente y no se puede imputar a la misma la supuesta indefensión ocasionada. Respecto a la motivación de las resoluciones sancionadoras, considera la sentencia que están perfectamente motivadas, y que la agravante de reincidencia tenida en cuenta por la Administración para sancionar se ha aplicado correctamente conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

De acuerdo con la indicación de recursos que contenía la sentencia de instancia, interpuso un recurso de apelación que fue

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia 70/2008. Recurso de amparo 7207/2004

FECHA: 23 de junio de 2008

PONENTE: Don Ramón Rodríguez Arribas

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 24 y 25 de la CE

DOCTRINA: La falta de notificación o la notificación incorrecta de los acuerdos de iniciación de los expedientes sancionadores y de las respectivas propuestas de resolución se asimila por el Tribunal Constitucional a la imposición de sanciones sin procedimiento alguno. La vulneración del derecho a la defensa en vía administrativa no cabe subsanarla en vía contenciosa-administrativa.

inadmitido por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares por no alcanzar las sanciones, individualmente consideradas, la cuantía fijada en la LJCA. Desestimado este recurso, formula un recurso de amparo que el Tribunal Constitucional estima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional recuerda que:

"el ejercicio del derecho de defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa, previa a la toma de decisión; y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como de alegar lo que a su derecho convenga. Ahora bien, con arreglo a nuestra propia jurisprudencia han de concurrir los siguientes requisitos para que revista relevancia constitucional la falta de emplazamiento personal en un expediente sancionador: en primer lugar, que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; en segundo lugar, que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y, por último, que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente (STC 54/2003, de 24 de marzo [RTC 2003, 54], F 3, y 145/2004, de 13 de septiembre [RTC 2004, 145], F 4)."

Para proyectar esta doctrina, el Tribunal Constitucional afirma que de las actuaciones se desprende que la Administración no llevó a cabo la notificación ni de los acuerdos de iniciación de los expedientes sancionadores ni de las respectivas propuestas de resolución, asumiendo que el recurrente era desconocido en el domicilio en el que se intentó la práctica de las mencionadas notificaciones. La Administración debió, en cumplimiento de la LRJPAC, intentar una nueva notificación de dichos actos y no acudir directamente a practicarla a través de edictos; siendo reprochable asimismo que la Administración, además de no realizar un segundo intento de notificación personal, no dejara aviso de llegada en la dirección donde intentó la notificación. Debe

señalarse, además, que la notificación correctamente efectuada de las resoluciones sancionadoras se llevó a cabo por la Administración en el mismo domicilio en el que, hasta entonces, el demandante era desconocido para el Ayuntamiento.

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional asimila la falta de notificación a la imposición de sanciones sin procedimiento alguno. Aplica, por tanto, su doctrina:

“Como recientemente hemos declarado en la STC 175/2007, de 23 de julio, en estos casos ‘la sanción se ha impuesto sin respetar procedimiento contradictorio alguno y, por tanto, privando al demandante de toda posibilidad de defensa durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador (STC 291/2000, de 30 de noviembre [RTC 2000, 291], F 12, y 54/2003, de 24 de marzo [RTC 2003, 54], F 4), siendo reiterada doctrina de este Tribunal desde la STC 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981, 18), que los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24.2 de la CE (RCL 1978, 2836) ‘no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión’, pues ‘la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculcado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga’ (F 3). Ha de concluirse, pues, que la Administración, al no haber emplazado personalmente al demandante de amparo en el procedimiento administrativo sancionador, pese a tener conocimiento de su domicilio, y haberle impuesto una sanción sin procedimiento contradictorio alguno, ha infringido el artículo 24.2 de la CE.”

También recuerda el Tribunal Constitucional que la efectiva vulneración del derecho a la defensa en vía administrativa no cabe subsanarla en vía contencioso-administrativa:

“Recordábamos en la citada STC 175/2007, de 23 de julio, que debe advertirse que, al haberse producido una efectiva vulneración del derecho de defensa durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, tal vulneración no podía ser sanada en la vía contencioso-administrativa, pues, como señala

la STC 59/2004, de 19 de abril (F 3), ‘el posterior proceso contencioso-administrativo no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora’. Ello es así, entre otras razones, porque como recuerda la STC 89/1995, de 6 de junio (RTC 1995, 189) (F 4), y subrayan a su vez las STC 7/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 7) (F 6), y 59/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 59) (F 3), no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, ‘condenen’ al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa ‘se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la CE (RCL 1978, 2836)’ (STC 125/1983, de 26 de diciembre [RTC 1983, 125], F 3). Por consiguiente, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses, no subsana la vulneración del derecho de defensa (artículo 24.2 de la CE) en el procedimiento administrativo sancionador. Pues bien, de la misma manera, la interposición por el sancionado y resolución por la Administración, del recurso de reposición contra el acuerdo sancionador, dictado sin ninguna intervención del interesado, no sirve para subsanar la omisión de las diligencias que hubieran hecho posible esa intervención para ejercitar en plenitud su derecho de defensa.”

En definitiva, para el Tribunal Constitucional la defectuosa notificación de los acuerdos de inicio de los expedientes sancionadores y de las propuestas de las resoluciones sancionadoras han causado indefensión constitucionalmente relevante al demandante, por lo que el Tribunal Constitucional procede a otorgar el amparo, y anula la sentencia dictada.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A los estados, en el ámbito de la educación, no se les puede prohibir establecer clases separadas o diferentes tipos de escuelas para chicos con dificultades, o implementar programas de educación especiales para responder a necesidades especiales. La diferente práctica aplicada a los niños en el ámbito de la educación debido a su insuficiente conocimiento de la lengua croata no equivale a una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1.

El TDEH considera que la asignación inicial de los demandantes a clases separadas se puede fundamentar en su falta de conocimiento de la lengua croata y no en el origen étnico o racial, y ello lo justifican los objetivos del artículo 14 del Convenio y del artículo 2 del Protocolo núm. 1

SUPUESTO DE HECHO

El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra la República de Croacia por catorce ciudadanos croatas de origen gitano. Los demandantes nacieron entre 1988 y 1994 y viven, respectivamente, en Orehovica, Podturen y Trnovec. Cuando eran escolares, en ocasiones, asistieron a clases separadas integradas únicamente por alumnos gitanos, en las escuelas primarias de los pueblos de Macinec, Podturen y Orehovica.

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Primera. Caso Orsus y otros contra Croacia. Demanda 15766/2003

FECHA: 17 de julio de 2008

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 14 en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1, y artículos 3 y 6.1 del Convenio de Roma

Los datos presentados por el Gobierno croata del año 2001 muestran que en la escuela de educación primaria de Macinec el 43% de los alumnos eran gitanos y 73% de ellos asistían a clases separadas. En la escuela de educación primaria de Podturen, el 10% de los alumnos eran gitanos y el 36% de ellos asistían a clases separadas. En la escuela de educación primaria de Orehovica, el 26% de los alumnos eran gitanos y el 46% de ellos asistían a clases separadas.

El 19 de abril de 2002, los demandantes presentaron una demanda, con arreglo a la sección 67 de la Ley de litigios administrativos, ante el Tribunal Municipal de Cakovec (Općinski sud u Cakovcu), contra las anteriormente mencionadas escuelas de enseñanza primaria y la escuela de enseñanza primaria Kursanec, el Estado y el condado de Medimurje. Declararon que la enseñanza en las clases integradas únicamente por alumnos gitanos de esas cuatro escuelas eran significativamente más reducidas tanto en cantidad como en su alcance en relación con los estudios oficiales establecidos. Los demandantes reclamaban que esta situación era discriminatoria por razón de raza y que violaba su derecho a la educación, así como su derecho a no estar sometidos a un tratamiento degradante e inhumano. Solicitaron al Tribunal que ordenara a los demandados que se abstuvieran de repetir esta conducta en el futuro.

Los demandantes también presentaron los resultados de un estudio psicológico sobre niños que asisten a clases integradas sólo por alumnos gitanos en Medimurje, que afirmaba que la educación segregada producía un perjuicio emocional y psicológico en los niños gitanos, en términos de autoestima y dignidad, y problemas en el desarrollo de su identidad. Las clases separadas eran un obstáculo para que se diera una interconexión social entre niños gitanos y no gitanos.

Los demandados respondieron a los argumentos presentados por los demandantes, afirmando que no existía discriminación contra los niños gitanos y que todos los alumnos inscritos en la escuela eran tratados del mismo modo. Declararon que todos los alumnos eran inscritos después de que un comité (compuesto por un médico, un psicólogo, un pedagogo, un trabajador social y un profesor) hubieran dado su opinión de que los candidatos estaban física y mentalmente preparados para asistir a la escuela. Asimismo, los demandados declararon que a los alumnos de origen gitano se les agrupaba, no a causa de su origen étnico, sino porque, a menudo, no hablaban croata correctamente y requerían más ejercicios y más repeticiones para dominar las materias que se estaban impartiendo. Finalmente, afirmaban que los alumnos gitanos recibían la misma calidad de enseñanza que el resto de estudiantes, puesto que el programa de estudios no difería del establecido por la ley.

El 26 de septiembre de 2002, el Tribunal Municipal de Cakovec rechazó la demanda presentada. El 17 de octubre de 2002, los demandantes presentaron un recurso contra la sentencia dictada en primera instancia reclamando que era arbitraria y contradictoria.

El 14 de noviembre de 2002, el Tribunal del condado de Cakovec (Iupanijski sud u Cakovcu) rechazó dicho recurso, corroborando el razonamiento de la sentencia dictada en primera instancia. Posteriormente, el 19 de noviembre de 2002, los demandantes presentaron una demanda ante el Tribunal Constitucional (Ustavni sud Republike Hrvatske) con arreglo a la sección 62 del Reglamento del Tribunal Constitucional.

El 7 de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de los demandantes mediante su decisión núm. U-III 3138/2002, publicada en el *Boletín Oficial* núm. 22, de 26 de febrero de 2007. Son relevantes de la decisión las siguientes:

“Ninguno de los hechos declarados ante el Tribunal Constitucional lleva a la conclusión de que la asignación de los demandantes a clases separadas estuviera motivada o basada en su origen racial o étnico.

DOCTRINA: La duración de un procedimiento en cuatro años, un mes y dieciocho días ante el Tribunal Constitucional, en el que se plantea el incumplimiento del derecho a no ser discriminados en el ámbito de la educación, el derecho a la educación y el derecho a no ser sometidos a trato inhumano y degradante, se prolongó durante cuatro años. El TEDH lo considera excesivo y que vulnera el artículo 6.1 del Convenio de Roma. El Tribunal Constitucional, por su papel de guardián de la Constitución, debe tener en cuenta otras consideraciones además del mero orden cronológico en el que los casos entran en la lista para ser resueltos, como la naturaleza del caso y su importancia en términos sociales y políticos.

El TEDH, en principio, no excluye que el trato basado en el perjuicio a una minoría étnica puede recaer en el ámbito del artículo 3 (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”). En concreto, los sentimientos de inferioridad o humillación desencadenados por una segregación discriminatoria basada en el origen racial dentro del campo de la educación podría, en circunstancias excepcionales de un alumno concreto, equivaler a un comportamiento contrario a las garantías del artículo 3 del Convenio. A los estados, en el ámbito de la educación, no se les puede prohibir establecer clases separadas o diferentes tipos de escuelas para chicos con dificultades, o implementar programas de educación especiales para responder a necesidades especiales. La diferente práctica aplicada a los niños en el ámbito de la educación debido a su insuficiente conocimiento de la lengua croata no equivale a una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1.

El TEDH considera que la asignación inicial de los demandantes a clases separadas se puede fundamentar en su falta de conocimiento de la lengua croata y no en el origen étnico o racial, y ello lo justifican los objetivos del artículo 14 del Convenio y del artículo 2 del Protocolo núm. 1.

“El Tribunal Constitucional considera que su asignación persigue el objetivo legítimo de ajustar lo necesario el sistema de educación primaria a las características y necesidades de los demandantes, siendo el factor decisivo el desconocimiento o conocimiento inadecuado del croata, la lengua utilizada para la enseñanza en las escuelas.

“Las clases separadas no se establecían con ningún propósito de segregación racial en la inscripción al primer curso de la enseñanza primaria, sino como medio de proporcionar a los chicos clases adicionales de lengua croata y de eliminar las consecuencias de las privaciones sociales previas.

“[...]

“Considerando las circunstancias del presente asunto, el Tribunal Constitucional considera que en principio está objetiva y razonablemente justificado mantener las clases separadas en los cursos superiores de la enseñanza primaria sólo para alumnos que no han alcanzado el nivel de croata necesario para seguir el plan de estudios de las clases normales apropiada-

mente [...]. Sin embargo, no existe justificación objetiva o razonable para no cambiar a una clase mixta a un alumno que ha alcanzado buen nivel en lengua croata en los cursos inferiores de la escuela primaria y ha superado satisfactoriamente el plan de estudios obligatorio.

"[...]"

"el Tribunal Constitucional considera las afirmaciones de los demandantes sobre estar estigmatizados juicios de valor subjetivos, sin justificación razonable. El Tribunal Constitucional no considera como prueba real de las afirmaciones de los demandantes que el origen de su estigmatización fuera un supuesto plan de estudios reducido, debido al cual sus posibilidades de educación superior se reducían, y rechaza la afirmación por arbitraria."

A) Sobre la violación del artículo 3 del Convenio

Los demandantes reclamaban que su asignación a clases separadas sobre la base de su origen racial representaba un trato inhumano y degradante, que violaba el artículo 3 del Convenio ("Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes").

El Tribunal recuerda que:

"el artículo 3 del Convenio debe considerarse una de las disposiciones fundamentales del Convenio que consagra valores esenciales de las sociedades democráticas constituidas por el Consejo de Europa (ver *Soering contra Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989, serie A, núm. 161, pg. 34, ap. 88)."

El Tribunal, en principio, no excluye que el trato basado en el perjuicio a una minoría étnica puede recaer en el ámbito del artículo 3. En concreto, los sentimientos de inferioridad o humillación desencadenados por una segregación discriminatoria basada en el origen racial dentro del campo de la educación podría, en circunstancias excepcionales de un alumno concreto, equivaler a un comportamiento contrario a las garantías del artículo 3 del Convenio.

En el asunto concreto que nos ocupa, el Tribunal considera que los demandantes no han presentado pruebas suficientes de que se les perjudicara frecuentemente, de manera que se alcanzara el nivel de sufrimiento necesario para recaer en el ámbito del artículo 3 del Convenio. Sus afirmaciones, basadas en la práctica de cuatro escuelas, y el riesgo de que se les estigmatizara se quedó, de manera general, en el ámbito de la especulación. Su asignación a clases de sólo niños gitanos durante su educación primaria no manifiesta intención de humillación o degradación o falta de respeto por su dignidad humana. El Tribunal señala también que desde el segundo hasta el décimo demandante asistieron tanto a clases de sólo alumnos gitanos como a clases mixtas, mientras que los otros cinco demandantes, que sólo asistieron a clases de niños gitanos, no presentaron ninguna prueba demostrando que tuviera un efecto tan adverso en ellos como para considerarlo un trato inhumano o degradante. Asimismo, el Tribunal señala que la mayoría de los demandantes asistieron a actividades extraescolares en grupos mixtos organizados por las escuelas.

En este punto el Tribunal considera que la demanda carece manifiestamente de fundamento y debe ser rechazada.

B) Sobre la violación del artículo 6.1 del Convenio

Los demandantes también recurrieron la duración del proceso. Se basaron en el artículo 6.1 del Convenio ("Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída [...] dentro de un plazo razonable, por un tribunal [...] que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil [...]").

El Tribunal señala que el procedimiento ante los tribunales internos se refiere a las afirmaciones de los demandantes sobre el incumplimiento de su derecho a no ser discriminados en el

ámbito de la educación, su derecho a la educación y su derecho a no ser sometidos a trato inhumano y degradante. Los demandantes presentaron sus recursos ante los tribunales civiles regulares y ante el Tribunal Constitucional y fueron examinadas sobre el fondo.

El Tribunal reitera que la duración razonable de estos procedimientos debe ser valorada a la luz de las especiales circunstancias del caso, teniendo en cuenta los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal, en concreto la complejidad del caso, el comportamiento procesal de los demandantes y de los órganos judiciales y la importancia de lo que está en juego para los demandantes en litigio (ver *Süßmann contra Alemania*, sentencia de 16 de septiembre de 1996, Repertorio de Sentencias y Decisiones, 1996-IV, pg. 1172-73, ap. 48, y *Gast y Popp contra Alemania* [TEDH 2000, 88], núm. 29357/95, ap. 70, ECHR 2000).

La duración del procedimiento ante el Tribunal Constitucional se prolongó durante cuatro años, un mes y dieciocho días, y el TEDH considera que el Tribunal Constitucional por su papel de guardián de la Constitución debe tener en cuenta otras consideraciones además del mero orden cronológico en el que los casos entran en la lista, como la naturaleza del caso y su importancia en términos sociales y políticos. El Tribunal considera que un período que excede de cuatro años para adoptar una decisión en este asunto, y particularmente teniendo en cuenta lo que estaba en juego para los demandantes, concretamente su derecho a la educación, parece excesivo.

Por consiguiente, el TEDH considera que en este asunto ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio, debido a la duración del procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

C) Sobre la violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio, en sí mismo o en relación con el artículo 14 del Convenio

Los demandantes recurrieron que se les hubiera negado su derecho a la educación y la discriminación sufrida a este respecto. Se basaron en el artículo 2 del Protocolo núm. 1 y en el artículo 14 del Convenio, que establecen:

Artículo 2 del Protocolo núm. 1 (derecho a la instrucción):

"A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas."

Artículo 14. Prohibición de la discriminación:

"El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación."

Artículo 2 del Protocolo núm. 1. La doctrina del TEDH en este ámbito es:

—Los estados contratantes, al obligarse a no denegar el derecho a la educación, garantizan a toda persona de su jurisdicción el derecho de acceso a las instituciones de educación existentes y la posibilidad de sacar provecho, mediante el reconocimiento de los estudios finalizados, de la educación recibida. La elaboración del plan de estudios es competencia, en principio, de los estados contratantes. Esto da lugar a cuestionarse la conveniencia de que dictamine el Tribunal, ya que su solución podría variar legalmente en función del país y de la época (ver *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, sentencia de 7 de diciembre de 1976 [TEDH 1976, 5], serie A, núm. 23, pg. 26, ap. 51). La educación de los niños es el proceso mediante el cual, en una sociedad, los adultos tratan de transmitir sus creencias, cultura y otros valores a los jóvenes, mientras que la enseñanza o la instrucción se refiere en concreto a la transmisión del conocimiento y el desarrollo intelectual (ver *Campbell*

y Cosans contra el Reino Unido, sentencia de 25 de febrero de 1982 [TEDH 1982, 1], serie A, núm. 48, pg. 14 y 15, ap. 33).

—El derecho a la educación se refiere principalmente a la enseñanza primaria y secundaria, y para que este derecho sea efectivo la educación proporcionada debe ser adecuada y apropiada. El Tribunal también ha constatado que aunque los intereses individuales deben, en ocasiones, subordinarse a los intereses generales, la democracia no significa simplemente que el punto de vista de la mayoría debe siempre prevalecer: hay que alcanzar un equilibrio que asegure el tratamiento justo y adecuado de las minorías y evitar cualquier abuso por parte de las posiciones dominantes (ver Young, James y Webster contra Reino Unido, sentencia de 13 de agosto de 1981 [TEDH 1981, 13], serie A, núm. 44, pg. 24, ap. 63, y Efstratiou contra Grecia, sentencia de 18 de diciembre de 1996 [TEDH 1996, 71], Repertorio 1996-VI, pg. 2358 y 2359, ap. 28).

En el caso que nos ocupa, el Tribunal señala en primer lugar que no se privó a los demandantes de su derecho a asistir a la escuela y recibir educación. Asimismo, no se ha probado que los demandantes recibieran una educación de menor calidad que los otros alumnos de la misma escuela y que cambiar a un niño gitano a una clase mixta era una práctica habitual. Tampoco hay nada que indique que los padres de los demandantes fueran privados de sus derechos.

Por todo ello, el TEDH señala que las autoridades internas han facilitado a los demandantes una educación adecuada y suficiente.

Artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1.

La doctrina del TEDH en este ámbito es:

—El Tribunal tiene establecido en su jurisprudencia que la discriminación significa tratar de manera diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones similares pertinentes (ver Willis contra Reino Unido [TEDH 2002, 36], núm. 36042/97, ap. 48, ECHR 2002-IV, y Okpizs contra Alemania, núm. 59140/00, ap. 33, de 25 de octubre de 2005 [PROV 2005, 235170]). Sin embargo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar de manera diferente a grupos para corregir “desigualdades existentes” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, no intentar corregir desigualdades mediante un trato diferente puede, en sí mismo, dar lugar al incumplimiento del artículo (ver Asunto relativo a ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de las lenguas en la educación en Bélgica (fundamentos), sentencia de 23 de julio de 1968 (TEDH 1968, 3), serie A, núm. 6, ap. 10; Thlimmenos contra Grecia [TEDH 2000, 122] [GC], núm. 34369/97, ap. 44, ECHR 2000-IV, y Stec y otros contra Reino Unido [GC], núm. 65731/01, ap. 51, ECHR 2006-...). El Tribunal, además, ha aceptado que una política o medida general que tiene efectos desproporcionadamente perjudiciales en un grupo concreto debe ser considerada discriminatoria, aunque no esté específicamente dirigida contra ese grupo (ver Hugh Jordan contra Reino Unido, núm. 24746/94, 154, de 4 de mayo de 2001 [TEDH 2001, 330], y Hoogendijk contra Países Bajos [dec.], núm. 58461/00, de 6 de enero de 2005), y esta discriminación potencialmente contraria al Convenio puede resultar de una situación *de facto* (ver Zarb Adami contra Malta, núm. 17209/02, ap. 76, ECHR 2006-...).

—En cuanto a la carga de prueba en este ámbito, el Tribunal ha dispuesto que una vez que el demandante ha demostrado una diferencia en el trato, corresponde al Gobierno demostrar que estaba justificada (ver, entre otras fuentes, Chassagnou y otros contra Francia [TEDH 1999, 16] [GC], núm. 25088/94, 28331/95 y 28443/95, ap. 91-92, ECHR 1999-III, y Timishev, citado anteriormente, ap. 57).

El TEDH reitera que, en relación con el margen de apreciación de los estados en el ámbito de la educación, que no se les puede

prohibir establecer clases separadas o diferentes tipos de escuelas para chicos con dificultades, o implementar programas de educación especiales para responder a necesidades especiales.

El Tribunal considera satisfactorio que las autoridades se involucren en tratar ellos mismos esta importante y delicada cuestión, y que la asignación de los demandantes a clases separadas fue una medida positiva planteada para ayudarles a adquirir el conocimiento necesario para poder seguir el plan de estudios. Además, el Tribunal considera que la asignación inicial de los demandantes a clases separadas se basó en su falta de conocimiento de la lengua croata y no en el origen étnico o racial, y la justificaban los objetivos del artículo 14 del Convenio y del artículo 2 del Protocolo núm. 1.

Por todo ello, concluye que la diferente práctica aplicada a los niños gitanos debido a su insuficiente conocimiento de la lengua croata no equivale a una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1.

Por todo ello, el TEDH declara que:

—Las reclamaciones relativas al derecho de los demandantes a la educación y a no ser discriminados, así como la relativa a la duración de los procedimientos admisibles, y el resto de la demanda inadmisibles.

—Que ha habido violación del artículo 6 del Convenio (RCL 1999, 1120, 1572) en relación con la demanda presentada sobre la duración del procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

—Que no ha habido violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio (RCL 1999, 1120, 1572) en sí mismo, ni en relación con el artículo 14 del Convenio.

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, debe interpretarse en el sentido de que prevé la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de reforma y mejora de vías urbanas, ya sea cuando se trate de proyectos mencionados en el anexo I, punto 7, letras b) o c), de dicha Directiva, ya sea cuando se trate de proyectos previstos en el anexo II, puntos 10, letra e), o 13, primer guión, de la misma Directiva, que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud de su naturaleza, de sus dimensiones o de su localización y, en su caso, habida cuenta de su interacción con otros proyectos

SUPUESTO DE HECHO

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997 (en lo sucesivo, Directiva modificada).

Esta petición se presenta en el marco de un litigio entre la Asociación Ecologistas en Acción-CODA (en lo sucesivo, CODA) y el Ayuntamiento de Madrid, en relación con una resolución administrativa de aprobación de diversos proyectos de reforma y mejora de la práctica totalidad de la autovía de circunvalación de Madrid.

Del auto de remisión al TJCE resulta que el Ayuntamiento de Madrid fragmentó el proyecto global Madrid calle 30 en quince subproyectos independientes, tramitados de forma separada, de los cuales sólo uno se refiere a la modificación o acondicionamiento de un trazado de carretera existente en un tramo cuya longitud supera los cinco kilómetros, umbral a partir del cual la normativa autonómica aplicable somete un proyecto a una evaluación de impacto ambiental, siendo así que ese proyecto global considerado en su conjunto excede con mucho ese umbral.

Como consecuencia de la magnitud y las implicaciones de la obra, el juez remitente se pregunta si ésta, conforme a la Directiva modificada, debería haber sido obligatoriamente objeto de evaluación de impacto ambiental.

En esas circunstancias el juez que plantea la cuestión prejudicial decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) Si las exigencias de procedimiento reglado de evaluación de repercusión medioambiental resultantes de la Directiva modificada son aplicables a proyectos de actuación en vías urbanas en atención a la naturaleza y las dimensiones del proyecto, afectación de áreas de gran densidad demográfica, o de paisajes con significación histórica, cultural o arqueológica.

2) Si las exigencias de procedimiento reglado de evaluación de repercusión medioambiental resultantes de la [Directiva modificada] son aplicables a los proyectos objeto del recurso contencioso-administrativo, en atención a su naturaleza y características.

3) Si los criterios contenidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2006, Comisión/España (C-332/04), son aplicables al recurso (concretamente en los puntos 69 a 88 de dicha sentencia).

4) Si las obligaciones resultantes de la [Directiva modificada] en cuanto a evaluación medioambiental han sido o no cumplidas por las autoridades españolas respecto de los proyectos que son objeto del recurso.

El TJCE resuelve las cuestiones en el sentido indicado en el epígrafe "Doctrina" de la ficha.

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Cuestión prejudicial. Asunto caso Ecologistas en Acción-CODA contra Ayuntamiento de Madrid

FECHA: 25 de julio de 2008

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Ámbito de aplicación de la Directiva 85/337/CEE en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE (artículos 1 a 4)

DOCTRINA: La Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, debe interpretarse en el sentido de que prevé la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de reforma y mejora de vías urbanas, ya sea cuando se trate de proyectos mencionados en el anexo I, punto 7, letras b) o c), de dicha Directiva, ya sea cuando se trate de proyectos previstos en el anexo II, puntos 10, letra e), o 13, primer guión, de la misma Directiva, que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud de su naturaleza, de sus dimensiones o de su localización y, en su caso, habida cuenta de su interacción con otros proyectos. Los proyectos relativos a carreteras pueden producir numerosos efectos medioambientales tanto dentro como fuera de las zonas urbanas, que son especialmente sensibles desde el punto de vista de la densidad de población o de la contaminación existente, pero también habida cuenta de la posible existencia de lugares de importancia histórica, cultural o arqueológica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Según el Ayuntamiento de Madrid, la vía de circunvalación objeto del litigio principal es una vía urbana y ni la Directiva modificada ni la normativa de adaptación del Derecho español a la Directiva incorporan este término y, por ello, el Ayuntamiento podía considerar que los proyectos de modificación de una vía urbana no entraban en el ámbito de la Directiva modificada y, por consiguiente, no tenían que ser sometidos a una evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal no admite esta tesis y afirma que:

“Sería contrario al objeto mismo de la Directiva modificada que todo proyecto relativo a una vía urbana quedara fuera de su ámbito de aplicación por el único motivo de que esa Directiva no menciona expresamente, entre los proyectos enumerados en sus anexos I y II, los proyectos que afectan a esa clase de vía.”

Añade que:

“La Directiva modificada menciona, entre los proyectos que deben someterse a una evaluación de impacto ambiental, las ‘autopistas’ y las ‘vías rápidas’ [...] los conceptos [...] son conceptos de Derecho comunitario, a los que ha de darse una interpretación autónoma, y, por otra parte, que no cabe excluir que las clases de vías que se mencionan en dichos anexos se localicen tanto en una aglomeración urbana como fuera de ella.”

Concluye que:

“Según una jurisprudencia ya bien asentada, los estados miembros deben aplicar la Directiva modificada, al igual que la Directiva 85/337, de forma plenamente acorde con las exigencias que aquella impone, teniendo en cuenta su finalidad esencial, que, según resulta de su artículo 2, apartado 1, consiste en que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, se sometan a una evaluación con respecto a sus efectos (véanse en este sentido, en especial, las sentencias de 19 de septiembre de 2000 [TJCE 2000, 201], Linster, C-287/98, Rec. p. I-6917, apartado 52, y de 23 de noviembre de 2006 [TJCE 2006, 339], Comisión/Italia, C-486/04, Rec. p. I-11025, apartado 36). Por consiguiente, es preciso considerar que los proyectos de vías urbanas están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva modificada.

“Como la Abogado General ha recordado fundadamente en el punto 28 de sus conclusiones, los proyectos relativos a carreteras pueden producir numerosos efectos medioambientales tanto dentro como fuera de las zonas urbanas, que son especialmente sensibles desde el punto de vista de la densidad de población o de la contaminación existente, pero también habida cuenta de la posible existencia de lugares de importancia histórica, cultural o arqueológica (véase en este sentido la sentencia de 16 de marzo de 2006, Comisión/España, antes citada, apartado 81).

“Por último, hay que destacar que, al igual que el Tribunal de Justicia ya ha señalado en relación con la Directiva 85/337, el

objetivo de la Directiva modificada no puede eludirse mediante el fraccionamiento de un proyecto y que el hecho de que no se considere el efecto acumulativo de varios proyectos no debe tener como consecuencia práctica que se sustraigan en su totalidad a la obligación de evaluación cuando, considerados conjuntamente, puedan tener efectos significativos en el medio ambiente en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva modificada (véanse, en relación con la Directiva 85/337, las sentencias de 21 de septiembre de 1999 [TJCE 1999, 203], Comisión/Irlanda, C-392/96, Rec. p. I-5901, apartado 76, y Abraham y otros [TJCE 2008, 37], antes citada, apartado 27).”

En consecuencia, procede a responder las tres primeras cuestiones planteadas en el sentido siguiente:

“que la Directiva modificada debe interpretarse en el sentido de que prevé la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de reforma y mejora de vías urbanas, ya sea cuando se trate de proyectos mencionados en el anexo I, punto 7, letras b) o c), de dicha Directiva, ya sea cuando se trate de proyectos previstos en el anexo II, puntos 10, letra e), o 13, primer guión, de la misma Directiva, que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud de su naturaleza, de sus dimensiones o de su localización y, en su caso, habida cuenta de su interacción con otros proyectos.”

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

“La Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985 (LCEur 1985, 577), relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997 (LCEur 1997, 596), debe interpretarse en el sentido de que prevé la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de reforma y mejora de vías urbanas, ya sea cuando se trate de proyectos mencionados en el anexo I, punto 7, letras b) o c), de dicha Directiva, ya sea cuando se trate de proyectos previstos en el anexo II, puntos 10, letra e), o 13, primer guión, de la misma Directiva, que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud de su naturaleza, de sus dimensiones o de su localización y, en su caso, habida cuenta de su interacción con otros proyectos.”

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores, aparte de los inicialmente admitidos, o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

El término “adjudicar”, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales

SUPUESTO DE HECHO

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), y de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (LCEur 1989, 1895), relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adju-

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Cuestión prejudicial. Asunto C-454/06, caso Presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Austria

FECHA: 19 de junio de 2008

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Los artículos 3, apartado 1, 8, 9, 10 y 11, apartado 3, de la Directiva

dicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), modificada por la Directiva 92/50 (en lo sucesivo, Directiva 89/665).

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Presstext Nachrichtenagentur GmbH (en lo sucesivo, PN), por un lado, y la Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH (en lo sucesivo, APA-OTS) y APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (en lo sucesivo, APA), por otro lado, en relación con un contrato sobre servicios de agencia de prensa.

APA se constituyó en Austria, como cooperativa registrada de responsabilidad limitada, tras la Segunda Guerra Mundial. La práctica totalidad de los diarios austriacos, así como la radiotelevisión austriaca, la ORF, eran miembros de esta cooperativa. Junto con sus filiales, APA es el principal operador del mercado austriaco de agencias de prensa y realiza para la Republik Österreich (Bund) diversas prestaciones de agencia de prensa.

En el transcurso del año 1994, es decir, antes de su adhesión a la Unión Europea, la Republik Österreich (Bund) celebró un contrato (en lo sucesivo, contrato marco) con APA, que prevé la prestación de determinados servicios a cambio de una remuneración. Este contrato permite en esencia a las autoridades federales austriacas consultar y utilizar información de actualidad (función denominada "servicio básico"), solicitar información y comunicados de prensa de carácter histórico procedentes de una base de datos de APA denominada APADok, así como utilizar el servicio de textos originales de APA, denominado OTS, tanto para su información como para la difusión de sus propios comunicados de prensa. La base de datos APADok contiene los datos del servicio básico desde el 1 de enero de 1988 y los comunicados tratados por el servicio OTS desde el 1 de junio de 1989.

El contrato marco se formalizó por tiempo indefinido, sin perjuicio de una cláusula por la que las partes renunciaban a la resolución de éste hasta el 31 de diciembre de 1999.

En septiembre de 2000, APA fundó la sociedad de responsabilidad limitada APA-OTS, filial de la que posee el 100% de las participaciones. Entre ambas sociedades existe un acuerdo de transferencia de pérdidas y ganancias conforme al cual, según información de APA y de APA-OTS, esta última está integrada financiera, administrativa y económicamente en APA y ha de proceder operativamente con arreglo a las instrucciones de APA. Además, APA-OTS está obligada a entregar sus beneficios anuales a APA, que, por su parte, debe cubrir, en su caso, las pérdidas anuales de APA-OTS.

En septiembre de 2000, APA transfirió a APA-OTS sus actividades relativas al servicio OTS. Esta modificación fue comunicada a la Republik Österreich (Bund) en octubre de 2000.

En el transcurso del año 2004, PN ofreció a la Republik Österreich (Bund) sus servicios de agencia de prensa, pero tal oferta no desembocó en la celebración de un contrato.

Mediante recursos interpuestos los días 4 y 19 de julio de 2006, PN solicitó al Bundesvergabeamt que declarase, con carácter principal, que la división del contrato marco tras la reestructuración de APA en el año 2000, así como los acuerdos adicionales concluidos en 2001 y 2005, que ella califica de "adjudicaciones *de facto*", eran ilícitas y, con carácter subsidiario, que estimara que la elección de los diversos procedimientos de adjudicación en cuestión era ilegal.

El Bundesvergabeamt decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿[Debe] interpretarse el término 'adjudicar' del artículo 3, apartado 1, y [...] de los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) [...] en el sentido de que [comprende] supuestos en los que la entidad adjudicadora proyecta obtener en el futuro prestaciones de una empresa que reviste la forma

92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), y de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (LCEur 1989, 1895), relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), modificada por la Directiva 92/50

DOCTRINA: La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

También la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

El término "adjudicar", empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9, de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

La práctica consistente en formalizar un contrato público de servicios por tiempo indefinido es en sí misma ajena al sistema y a la finalidad de las normas comunitarias en materia de contratos públicos. Tal práctica puede tener el efecto, a largo plazo, de obstaculizar la competencia entre los prestadores de servicios potenciales e impedir la aplicación de las disposiciones de las directivas comunitarias en materia de publicidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. No obstante, el Derecho comunitario, en su estado actual, no prohíbe la celebración de contratos públicos de servicios por tiempo indefinido.

de una sociedad de capital, si estos servicios habían sido prestados anteriormente por otro prestador que, por una parte, es socio único de la futura empresa prestadora de los servicios y, por otra parte, controla a ésta a través de instrucciones? En tal supuesto, ¿tiene relevancia jurídica que la entidad adjudicadora no tenga la seguridad de que las participaciones sociales en la futura empresa prestadora no sean transmitidas en todo o en parte a terceros durante el período total de vigencia de la contrata original y tampoco tenga la seguridad de que la composición accionarial de la empresa prestadora del servicio, que originariamente revestía la forma de cooperativa, no se transforme en el curso del período total de vigencia del contrato?

“2) ¿[Debe] interpretarse el término “adjudicar” del artículo 3, apartado 1, y [...] de los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50 [...] en el sentido de que [comprende] supuestos en los que la entidad adjudicadora acuerda con los prestadores del servicio, durante el período de vigencia del contrato celebrado por tiempo indefinido para prestar conjuntamente un servicio, modificaciones de la retribución de determinadas prestaciones contractuales y transforma una cláusula de garantía del valor, si tales transformaciones dan lugar a una modificación de la retribución y tienen lugar a raíz de la introducción del euro?”

“3) ¿[Debe] interpretarse el término ‘adjudicar’ del artículo 3, apartado 1, y [...] de los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50 [...] en el sentido de que [comprende] supuestos en los que, durante el período de vigencia del contrato celebrado por tiempo indefinido para prestar conjuntamente un servicio, la entidad adjudicadora acuerda con el prestador del servicio, en el marco de una modificación del contrato, por una parte, la prórroga por tres años de una renuncia a la resolución que ya no estaba vigente en el momento de celebrar el nuevo contrato, habida cuenta de que, por otra parte, en esta modificación del contrato se fija además una rebaja superior a la acordada hasta ese momento para determinadas retribuciones vinculadas a la magnitud de las prestaciones en un ámbito determinado de la prestación?”

El TJCE resuelve las cuestiones en el sentido indicado en el epígrafe “Doctrina” de la ficha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal plantea el problema en los términos siguientes:

“Mediante sus tres primeras cuestiones, el Bundesvergabeamt desea saber, en esencia, en qué condiciones puede considerarse que las modificaciones de un contrato existente entre una entidad adjudicadora y un prestador de servicios constituyen una nueva adjudicación de un contrato público de servicios en el sentido de la Directiva 92/50.”

La Directiva 92/50, recuerda el Tribunal, no contiene una respuesta explícita a estas cuestiones, pero aporta varias indicaciones pertinentes que procede situar en el marco general de las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Este marco viene configurado por este criterio:

“Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46).”

El Tribunal establece que:

“La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permi-

tido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.”

También la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

Con estos criterios da respuesta a la primera cuestión y establece:

—Los contratos públicos se adjudican normalmente a personas jurídicas. Si una persona jurídica está constituida como sociedad anónima que cotiza en Bolsa, de su propia naturaleza se deriva que su accionariado puede cambiar en cualquier momento. En principio, tal situación no pone en tela de juicio la validez de la adjudicación del contrato público a esta sociedad. Podría ser de otro modo en casos excepcionales, como las maniobras destinadas a eludir las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

—Se aplican consideraciones análogas en el marco de contratos públicos adjudicados a personas jurídicas constituidas, como en el asunto principal, no en forma de sociedad anónima, sino en forma de cooperativa registrada de responsabilidad limitada. Cambios eventuales en la composición del círculo de socios de tal cooperativa no suponen en principio una modificación sustancial del contrato adjudicado a ésta.

—De ello se sigue que procede responder a la primera cuestión que el término “adjudicar”, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

En relación con la segunda cuestión, la respuesta del Tribunal es:

“el término ‘adjudicar’, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.”

Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional pregunta en esencia si se produce una nueva adjudicación de contrato como consecuencia, por un lado, de la adopción de una nueva cláusula de renuncia a la resolución del contrato y, por otro lado, del aumento de los descuentos concedidos en los precios de determinadas prestaciones objeto del contrato.

El Tribunal realiza las consideraciones generales siguientes:

“la práctica consistente en formalizar un contrato público de servicios por tiempo indefinido es en sí misma ajena al sistema

y a la finalidad de las normas comunitarias en materia de contratos públicos. Tal práctica puede tener el efecto, a largo plazo, de obstaculizar la competencia entre los prestadores de servicios potenciales e impedir la aplicación de las disposiciones de las directivas comunitarias en materia de publicidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. No obstante, el Derecho comunitario, en su estado actual, no prohíbe la celebración de contratos públicos de servicios por tiempo indefinido.

"[...]

"una cláusula por la que las partes se comprometen a no resolver durante un período determinado un contrato celebrado por tiempo indefinido no es en principio ilícita desde el punto de vista del Derecho comunitario de los contratos públicos.

"[...]

"en una situación como la del asunto principal, no debe considerarse que el hecho de fijar, en un acuerdo adicional, descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a

ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50."

Por todo ello, el Tribunal da respuesta a la tercera cuestión del modo siguiente:

"el término 'adjudicar', empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular."

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Administración local

Audiencia Nacional. La regulación contenida en la Ley 29/2005, de publicidad y comunicación institucional, tiene por objeto, exclusivamente, la regulación de la publicidad institucional de la Administración General del Estado, no siendo de aplicación, con carácter general, a la publicidad institucional desarrollada desde las comunidades autónomas y entidades de la Administración local

SUPUESTO DE HECHO

Un grupo municipal del Ayuntamiento de Getafe dirigió un escrito a la Comisión de Publicidad y Comunicación Institucional del Ministerio de la Presidencia, solicitando que dictara la resolución administrativa, en el plazo de seis días previsto en el artículo 7.3 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, obligando al Ilustrísimo Ayuntamiento de Getafe a la cesación inmediata de la campaña de publicidad bajo el slogan "1.000 días de gestión-Getafe, el compromiso de todos", difundida por dicha entidad local.

El secretario de Estado de Comunicación remitió al grupo municipal el informe de contestación a la solicitud, en el que se hacía constar que la actuación solicitada se enmarcaba y derivaba de la aplicación de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional; que la citada Ley atribuía el carácter de legislación básica al artículo 4, pero no a sus demás preceptos, que agotaban sus efectos en el ámbito de la Administración General del Estado y del sector público estatal.

Contra esta actuación administrativa se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Audiencia Nacional establece que:

"la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, tiene por objeto, según su exposición de motivos, regular el contenido de los mensajes difundidos a través de campañas de publicidad y de comunicación, disponer garantías frente a aquellas que incumplan sus mandatos y establecer mecanismos de planificación, coordinación y control de la actividad de publicidad y de comunicación institucional que desarrolle la Administración General del Estado. Entre los obje-

ÓRGANO: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 528/2006

FECHA: 10 de junio de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. José Luís Terrero Chacón

DEMANDANTE: Grupo municipal

DEMANDADO: Ayuntamiento de Getafe

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional

DOCTRINA: La regulación contenida en la Ley 29/2005, de publicidad y comunicación institucional, tiene por objeto, exclusivamente, la regulación de la publicidad institucional de la Administración General del Estado, no siendo de aplicación, con carácter general, a la publicidad institucional desarrollada desde las comunidades autónomas y entidades de la Administración local.

tivos de la Ley se encuentran, como nos recuerda su exposición de motivos, fortalecer la transparencia de las campañas, mediante la habilitación de fórmulas que den a conocer todas las actividades de publicidad y de comunicación que prevea desarrollar la Administración General del Estado, incluidas las de las entidades que le estén adscritas."

El Tribunal Supremo desestima el recurso porque:

"la regulación contenida en la Ley 29/2005 [...] tiene por objeto, exclusivamente, la regulación de la publicidad institucional

de la Administración General del Estado, no siendo de aplicación, con carácter general, a la publicidad institucional desarrollada desde las comunidades autónomas y entidades de la Administración local.”

La Audiencia pone de manifiesto que:

“De hecho, varias comunidades autónomas han aprobado, en el ejercicio de sus competencias, disposiciones normativas específicas sobre publicidad y comunicación institucional, pudiendo citarse, en este sentido, las leyes 6/2006, de 20 de junio, del Principado de Asturias, 6/2005, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, 16/2003, de 24 de marzo, de

la Comunidad Autónoma de Aragón, y 7/2003, de 20 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Valencia.”

Concluye que:

“Por otro lado, no existe ningún obstáculo para que la Comunidad Autónoma de Madrid apruebe su normativa específica sobre publicidad y comunicación institucional, disposición que sería aplicable a las campañas institucionales de las entidades locales de la propia comunidad autónoma, ya que en su Estatuto de autonomía, aprobado por la Ley orgánica 3/1983, de 25 de febrero, tiene reconocida competencia en materia de publicidad (artículo 26.1.12) y régimen local (artículo 21.1).”

Tribunal Supremo. Examen de los principios que rigen en el recurso de casación. Los recurrentes en casación no pueden aspirar a que sus meras discrepancias de hecho, basadas en una diferente valoración de la prueba examinada por el tribunal *a quo*, sean dirimidas por el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia constante que los deslindes consignados en un documento público no pueden modificarse por un nuevo deslinde que carecería de finalidad y que no pueden suscitarse cuestiones sobre límites jurisdiccionales en pueblos limítrofes cuando dichos límites hayan sido fijados y reconocidos de común acuerdo entre los representantes de los pueblos interesados, ha establecido la doctrina de que, en materia de deslindes de términos municipales, hay que estar “en primer término a la línea que resulta de deslindes anteriores consentidos por los ayuntamientos interesados”, añadiendo que “los acuerdos administrativos firmes no caducan por el transcurso del tiempo”

SUPUESTO DE HECHO

La Audiencia Nacional dictó la sentencia de 14 de septiembre de 2005, cuyo fallo estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Cabrilanes contra la Orden 2928/2003, de 2 de octubre, que aprobó el expediente de deslinde entre los términos de Somiedo (Asturias) y Cabrilanes (León), y desestima el recurso interpuesto por el Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Somiedo. La sentencia declara conforme a Derecho la Orden, excepto en el punto referido a los mojones 1 a 4 del deslinde.

Contra la sentencia prepararon e interpusieron un recurso de casación el Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Somiedo, y comparecieron como recurridas la Administración del Estado, la Diputación Provincial de León y el Ayuntamiento de Cabrilanes.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) Fundamento de la sentencia impugnada

La sentencia de instancia da una especial relevancia para resolver el recurso a la Real Cédula Ejecutoria de 1785, que establece, entre otros, los límites entre Somiedo y Babia. En relación con este documento, la sentencia establece:

“En principio, al ser ambas entidades de la actual provincia de León, se podría pensar que nada tienen que ver con el actual expediente. Sin embargo, la Real Ejecutoria se inicia con una acción procesal previa, que es la delimitación (amojonamiento) de los dos concejos leoneses, no sólo en su línea común sino en la totalidad de ambos perímetros.

[...] Así pues, el deslinde a que se ha hecho referencia es una fase procesal previa o inicial a un pleito entre dos concejos de la actual provincia de León, pero que tiene la especialidad de que en él se deslinda todo el término del Concejo de Babia de Suso (hoy Cabrilanes) por lo que también se deslinda la parte común de éste con Somiedo (en la zona de la localidad de El

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 6761/2005

FECHA: 1 de julio de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza

DEMANDANTE: Ayuntamiento de Cabrilanes

DEMANDADO: Principado de Asturias y Ayuntamiento de Somiedo

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 50.3 de la LBRL

DOCTRINA: Examen de los principios que rigen en el recurso de casación. Los recurrentes en casación no pueden aspirar a que sus meras discrepancias de hecho, basadas en una diferente valoración de la prueba examinada por el tribunal *a quo*, sean dirimidas por el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia constante que los deslindes consignados en un documento público no pueden modificarse por un nuevo deslinde que carecería de finalidad y que no pueden suscitarse cuestiones sobre límites jurisdiccionales en pueblos limítrofes cuando dichos límites hayan sido fijados y reconocidos de común acuerdo entre los representantes de los pueblos interesados, ha establecido la doctrina de que, en materia de deslindes de términos municipales, hay que estar “en primer término a la línea que resulta de deslindes anteriores consentidos por los ayuntamientos interesados”, añadiendo que “los acuerdos administrativos firmes no caducan por el transcurso del tiempo”.

Puerto) al que asisten a [...] del lugar del puerto, Bentura Feito, diputado nombrado por su concejo y vecinos, con Jose Enrique y Esteban, de la propia vecindad del Puerto, y que, como y se ha dicho, prestan su conformidad al mismo.

[...]

“Se trata en consecuencia del deslinde con avenencia más antiguo del que se tiene noticia por lo que de conformidad con lo establecido en la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (debe prevalecer el deslinde más antiguo y en el que haya existido avenencia) habrá que estar a lo que en el mismo se determine.”

El Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Somiedo formulan los mismos cuatro motivos de casación.

B) Motivo de casación relativo a la infracción del artículo 348 de la Ley de enjuiciamiento civil

El primero se fundamenta en que la sentencia recurrida quebranta las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba. En concreto, la valoración de las dos pruebas periciales admitidas, practicadas a instancia de los recurrentes, realizadas por el doctor Juan Pablo, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Oviedo, y por los profesores de Ingeniería Cartográfica, Geodésica y Fotogrametría de la Universidad de Oviedo, doctores Ramón y Baltasar.

El Tribunal Supremo lo desestima por estar mal planteado y realiza consideraciones diversas sobre la naturaleza del recurso de casación.

El Tribunal Supremo relaciona los principios que rigen este recurso:

—De acuerdo con la STS de 7 de junio de 2005 (RC 2775/2002), recuerda:

“El artículo 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio [establece deberes procedimentales] que exigen al recurrente cumplimentar con rigor jurídico los requisitos formales que determinan el contenido del escrito de interposición [descansan] en la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, [de acuerdo con] las siguientes directrices jurisprudenciales:

“a) [el recurso de casación] cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia, contribuyendo con ello a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca este Tribunal al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre o los principios generales del derecho, artículo 1.6 del Código Civil [...] un recurso que sólo indirectamente, a través del control de la aplicación del derecho que haya realizado el tribunal *a quo* resuelve el caso concreto controvertido.

“b) [al no establecerse] como motivo de casación el de ‘error de hecho en la apreciación de la prueba’ [...], este Tribunal ha de basarse siempre en los hechos que el Tribunal de Instancia haya declarado probados, salvo que las conclusiones alcanzadas por aquel hayan sido combatidas correctamente por infringir normas o jurisprudencia o principios generales del derecho al valorar las pruebas, o se hubiesen establecido tales conclusiones de manera ilógica, irracional o arbitraria.”

El Tribunal Supremo sigue con las siguientes consideraciones generales:

—“en el recurso de casación, es necesario: en primer lugar, que los preceptos o la jurisprudencia que se citen como infringidos, tanto en los motivos formales como los de fondo, guarden relación con la cuestión o cuestiones debatidas en la instancia, como se desprende de la lectura del artículo 100.2.b) de la Ley jurisdiccional, que permite declarar la inadmisión del

recurso ‘cuando no se citan las normas o la jurisprudencia que se reputan infringidas’ y cuando las citas hechas “no guardan relación alguna con las cuestiones debatidas”, [...] y, en segundo término, que no se introduzcan a través de los motivos casacionales, del 4 del artículo 95.1 fundamentalmente, cuestiones jurídicas que no hayan sido planteadas ni debatidas en la instancia, esto es, ‘cuestiones nuevas’, entendiendo por tales aquellas en que se postule una nueva calificación jurídica o la aplicación de un precepto o de una doctrina jurisprudencial, hasta el momento no invocada, que comporte unas consecuencias jurídicas que en la instancia no se hayan planteado ni debatido.”

El Tribunal Supremo insiste en diferenciar la “cuestión nueva” en casación con la simple aportación de nuevos argumentos o, incluso, la cita de nuevos preceptos o nuevas sentencias que sirvan para sustentar la misma calificación o consecuencia jurídica, esto es, que no supongan la alteración del punto de vista jurídico.

En este sentido precisa:

“téngase presente que, siendo la pretensión principal que se hace valer en un proceso contencioso-administrativo una pretensión de anulación, la *causa petendi* está integrada no solo por los hechos individualizadores de esa pretensión, sino también por el título jurídico en virtud del cual se solicita la anulación. Por consiguiente, si la cita de un distinto precepto como infringido comporta un cambio del título o motivo de nulidad esgrimido en la instancia, que no ha sido debatido en ella ni ha podido ser considerado en la sentencia que le hubiera puesto fin, se estaría ante una ‘cuestión nueva’ no susceptible de articulación en un recurso de casación, situación distinta a la de cambios que signifiquen una ampliación, matización o complemento del punto de vista jurídico mantenido en la instancia.”

Cierra el examen de estas directrices generales con el examen del motivo casación, que, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa, se funda en la infracción de las normas procesales que rigen la valoración de la prueba. Afirma:

“debe recordarse que, conforme a una reiterada y consolidada doctrina de esta Sala, que expusimos en la sentencia de 9 de abril de 2008 (RC 3868/2005), la revisión casacional de la apreciación de las diferentes pruebas y documentos y testimonios históricos que constan en las actuaciones corresponde a la sala de instancia, de modo que para que sea viable el motivo fundado en la infracción del artículo 348 de la Ley de enjuiciamiento civil, se exige que se demuestre que la valoración ‘resulta arbitraria, irracional o manifiestamente errónea’, ‘no siendo suficiente que quien recurre se muestre en desacuerdo con ella’.”

Todo ello proyectado sobre el caso concreto se resuelve del siguiente modo:

“Reiteradamente hemos sostenido que los recurrentes en casación no pueden aspirar a que sus meras discrepancias de hecho, basadas en una diferente valoración de la prueba examinada por el tribunal *a quo*, sean dirimidas por el Tribunal Supremo. Ha de advertirse, por lo demás, que, en el caso enjuiciado, la sala de instancia, tras analizar con rigor jurídico la validez y eficacia de los diversos documentos de carácter histórico aportados por los ayuntamientos contendientes, considera que el deslinde con avenencia más antiguo es el contenido en la Real Ejecutoria de 1788, que coincide con el Informe del Instituto Geográfico Nacional de 28 de noviembre de 2002, al no poder aceptar, a estos efectos, el acta de delimitación interprovincial entre Asturias y León de 18 de julio de 1882, por no comparecer al acto de deslinde los representantes de León y no haber sido aprobado por ninguna autoridad gubernativa superior con competencia en la materia.

“Esta conclusión sobre la calificación determinante del acto de apeo realizado el 13 de septiembre de 1785, que permite la delimitación territorial del Concejo de Babia de Suso (en la actualidad Cabrillanes) con el Concejo de Somiedo, con conformidad de los habitantes de dichas vecindades, incorporado en la Real Ejecutoria de 1788, no se revela ni ilógica ni irrazonable ni arbitraria, puesto que se fundamenta en el análisis y la confrontación de los documentos aportados por el Ayuntamiento de Cabrillanes y el Ayuntamiento de Somiedo, que acreditan que el deslinde resultante de la Real Ejecutoria de 1788 es el único deslinde anterior practicado de conformidad con los municipios interesados, en relación con el tramo comprendido entre los mojones 4 al 8 controvertidos, que delimita jurisdiccionalmente ambos términos municipales al coincidir con accidentes naturales y mantenerse todavía los topónimos, según refiere el Instituto Geográfico Nacional.

“Por ello, no apreciamos que la sala de instancia haya vulnerado las reglas de la sana crítica al no considerar que el Informe histórico jurídico sobre el procedimiento de deslinde entre los términos municipales de Somiedo y Cabrillanes, elaborado por el catedrático de la Universidad de Oviedo Dr. César, que se aportó con los escritos de demanda del Servicio Jurídico del Principado de Asturias y del Ayuntamiento de Somiedo, admitido como prueba pericial por la sala de instancia por providencias de 24 y 25 de enero de 2005, desvirtúe los presupuestos fácticos que fundamentan la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas de 2 de octubre de 2003, porque dicha prueba, como ya advirtió el Tribunal de instancia en el auto de 21 de febrero de 2005, resulta esclarecedora para ilustrar sobre aspectos históricos de las operaciones de deslinde controvertidas, sin poder entrar a valorar aquellos aspectos jurídicos relacionados con el sistema de fuentes o con el Derecho histórico, que son precisamente las cuestiones que pretenden combatir los Letrados defensores de las administraciones públicas recurrentes en la formulación de este motivo de casación.

“c) Motivo de casación por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo formulada en las sentencias de 23 de octubre de 1902, 20 de marzo y 15 de noviembre de 1928, 18 de enero, 6 de mayo, 2 de octubre de 1936 y 4 de junio de 1941 (RJ 1941, 819), concerniente a que la Administración ha de basarse en la resolución de los expedientes de deslinde en lo que resulte de deslindes anteriores practicados de conformidad con los municipios interesados y sólo, a falta de estos documentos, deberán tenerse en cuenta otros documentos.”

Las administraciones recurrentes consideran que el deslinde aceptado por la sala de instancia, que se contiene en la Real Ejecutoria de 1788, carece de validez y eficacia jurídica, porque se sustenta en la alegación de ser contrario “a la documentación judicial y cartográfica histórica, que situó la línea de deslinde más al sur del Puerto de Somiedo”, y no tener valor jurisdiccional debido a la notoria incapacidad de una de las partes, por la falta de representación del Concejo de Somiedo, y haber sido anulado el apeo por sentencia definitiva, extremo que se deduciría del Dictamen del Consejo de Estado de 22 de noviembre de 1881.

La sala de instancia, con base en la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, ha realizado una interpretación razonable del artículo 50.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, disposición adicionada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, al apreciar el valor determinante en la resolución del conflicto jurisdiccional de la Real Ejecutoria de 1788, en la medida en que reconoce que se trata del deslinde anterior más antiguo practicado de conformidad con los municipios afectados.

En la desestimación del motivo reproduce la doctrina jurisprudencial sobre la materia que incorpora en el Dictamen de la

Comisión Permanente del Consejo de Estado de 18 de septiembre de 2003.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1967 (RJ 1967, 1941) dice:

“que las reales órdenes de 11 de mayo de 1898 y 4 de enero de 1906 habían reconocido ya que era jurisprudencia constante que los deslindes consignados en un documento público no pueden modificarse por un nuevo deslinde que carecería de finalidad y que no pueden suscitarse cuestiones sobre límites jurisdiccionales en pueblos limítrofes cuando dichos límites hayan sido fijados y reconocidos de común acuerdo entre los representantes de los pueblos interesados, lo que reiteraron las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril, 30 de mayo y 13 de diciembre de 1930 y de 7 de marzo de 1932, estableciendo la doctrina de que, en materia de deslindes de términos municipales, hay que estar ‘en primer término a la línea que resulta de deslindes anteriores consentidos por los ayuntamientos interesados’, añadiendo que ‘los acuerdos administrativos firmes no caducan por el transcurso del tiempo’.”

En este sentido, cabe señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1967 refiere:

“que las reales órdenes de 11 de mayo de 1898 y 4 de enero de 1906 habían reconocido ya que era jurisprudencia constante que los deslindes consignados en un documento público no pueden modificarse por un nuevo deslinde que carecería de finalidad y que no pueden suscitarse cuestiones sobre límites jurisdiccionales en pueblos limítrofes cuando dichos límites hayan sido fijados y reconocidos de común acuerdo entre los representantes de los pueblos interesados, lo que reiteraron las STS de 26 de abril, 30 de mayo y 13 de diciembre de 1930 y 7 de marzo de 1932, estableciendo la doctrina de que, en materia de deslindes de términos municipales, hay que estar ‘en primer término a la línea que resulta de deslindes anteriores consentidos por los ayuntamientos interesados’, añadiendo que ‘los acuerdos administrativos firmes no caducan por el transcurso del tiempo’.”

En relación con la prevalencia de los deslindes administrativos anteriores practicados de conformidad con los municipios respecto de aquellas resoluciones dictadas por la jurisdicción civil en procesos declarativos de derechos demaniales de terceros, la sentencia STS de 19 de septiembre de 2006 (RC 498/2002) establece:

“el territorio es un elemento estructural del municipio, y constituye el marco geográfico en el que el Ayuntamiento ejercita sus potestades. Este elemento es completamente ajeno a las titularidades dominicales que se ostentan dentro de dicho territorio, que pueden ser tanto demaniales –del propio Ayuntamiento, o de cualquier otra Administración territorialmente superior– como patrimoniales, e incluso de propiedad de los particulares, y nada impide que entre estos últimos se encuentre otro ayuntamiento (ver sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1989, SIC). Por eso el procedimiento de deslinde es eminentemente administrativo y en nada incide sobre el derecho de propiedad de determinadas fincas, respecto de las cuales correspondería en su caso a la jurisdicción civil pronunciarse sobre quienes sean los propietarios privados de los terrenos afectados.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos.

2. Potestad normativa de los municipios

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Régimen jurídico de las ordenanzas reguladoras de las explotaciones ganaderas del municipio en ejercicio de las competencias de los municipios medioambientales, de sanidad y salubridad pública, suministro de agua y tratamiento de residuos

SUPUESTO DE HECHO

Unió de Pagesos de Catalunya interpone un recurso contra la Ordenanza reguladora de las actividades ganaderas del término municipal de Coll de Nargó, aprobada por el Pleno de su ayuntamiento en sesión de 24 de mayo de 2004 y publicada en el BOP de Lleida de 12 de agosto de 2004. En concreto, se solicita la declaración de nulidad de los preceptos siguientes: artículo 6; artículo 7; artículo 8; apartados 1, 3, 4, y 5 del artículo 9; apartado 2.B.b) del artículo 10; apartados 1.1, 1.3, 1.4, 1.5 y 1.6 del artículo 11; apartados 2 y 3 del artículo 15, y artículo 16.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido contra la Ordenanza reguladora de las actividades ganaderas del término municipal de Coll de Nargó, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) Competencias municipales en materia de medio ambiente

El Tribunal Superior de Justicia con carácter previo examina la imputación genérica de falta de competencia del Ayuntamiento para aprobar la Ordenanza por haber sobrevalorado, al parecer de la actora, el concepto de autonomía local interfiriendo en materias ajenas y excediéndose de las propias, ya que ninguna normativa de rango legal otorga competencias propias a los municipios en materia de agricultura y ganadería, ni de gestión de deyecciones ganaderas.

El Tribunal Superior de Justicia establece:

“resulta evidente en principio la competencia de los ayuntamientos para intervenir en una materia como la indicada en función de las competencias medioambientales, de sanidad y salubridad pública, suministro de agua y tratamiento de residuos recogidas en el artículo 25.2 apartados f), h) y l) de la LRRL y sus homónimos [...] del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (aprobado por el Decreto legislativo 2/2003), sin olvidar la posibilidad de los municipios de realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y en particular, por lo que concierne al presente caso, las de sanidad y protección del medioambiente conforme a los artículos 28 y 71.1, respectivamente, de dichos textos, así como la previsión legal de que ostentan cuantas competencias de ejecución en estas materias no se encuentren conferidas por la legislación sectorial a otras administraciones públicas, en base a la disposición transitoria segunda 2 de la LRRL y al artículo 71.2 del Decreto legislativo 2/2003; posibilidades y capacidades que la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 214/1989, de 21 de diciembre, consideró, en definitiva, un reforzamiento de la autonomía local que, sin embargo, no altera, por el propio carácter complementario de la actuación municipal [...] en el caso de la disposición transitoria citada, ya que por sí misma no atribuye competencia ejecutiva alguna, sino en función de la amplitud o detallismo con que el legislador sectorial —y fundamentalmente, el legislador autonómico— venga a concretar la titularidad de las competencias de ejecución de esas materias (fundamento duodécimo de la referida sentencia constitucional).

“A ello podemos añadir que el Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 26 de julio de 2006, revocatoria de la de esta sala de 10 de noviembre de 2003) ha considerado que dentro del ejer-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 235/2008

FECHA: 26 de junio de 2008

PONENTE: Ilma. Sra. María Pilar Martín Coscolla

DEMANDANTE: Sindicato agrario

DEMANDADO: Ayuntamiento de Coll de Nargó

DISPOSICIONES ANALIZADAS: LRRL

DOCTRINA: Régimen jurídico de las ordenanzas reguladoras de las explotaciones ganaderas del municipio en ejercicio de las competencias medioambientales, de sanidad y salubridad pública, suministro de agua y tratamiento de residuos.

En defecto de normativa estatal o autonómica, los planes urbanísticos pueden fijar distancias mínimas de las explotaciones ganaderas intensivas a la zona urbana de los núcleos de población del municipio y a viviendas aisladas habitadas permanentemente, e incluso establecer unas distancias y una prohibición de gestión de excrementos y animales muertos cerca de carreteras y caminos vecinales, por razones medioambientales, de salud, de higiene y salubridad.

En caso de no disponer de planeamiento urbanístico resulta correcto que el municipio ejerza a través de una ordenanza las competencias sobre sanidad, salubridad pública y protección del medio ambiente, fijando las distancias mínimas indicadas.

La regulación de la aplicación de estiércol y purines y la gestión de las actividades ganaderas no puede encuadrarse en la ordenación de las relaciones de convivencia de interés local, ni en el uso de los servicios, para las que la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, al añadir el título XI sobre tipificación de las infracciones y sanciones amplía la cobertura legal del ejercicio de la potestad sancionadora local.

cicio de las actividades complementarias de las demás administraciones públicas, se encuentra también el de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas siempre que éstas no las hayan utilizado y que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido en la legislación sectorial de que se trate.”

Por ello, el Tribunal Superior de Justicia afirma que:

“las posibles mayores restricciones impuestas por el Ayuntamiento en su Ordenanza, deberá valorarse a la luz de la doctrina indicada sobre las competencias municipales y autonómicas o estatales, teniendo en cuenta además el respeto al principio de legalidad, [...], y el principio de proporcionalidad al que también se ha referido el Tribunal Supremo, en el sentido de

calibrar la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de las limitaciones impuestas para con el interés público que se intenta preservar.”

B) La ilegalidad de prohibir las actividades de riesgo ambiental elevado en la Ordenanza

El artículo 6 de la Ordenanza establece que “No se podrá autorizar ninguna actividad de riesgo ambiental elevado”, respecto de las instalaciones y actividades ganaderas que se ejerzan en el ámbito del término municipal.

El Tribunal Superior de Justicia establece que al prohibir el Ayuntamiento que se autoricen actividades de riesgo ambiental elevado, está prohibiendo *de facto* en su término municipal todas las actividades contenidas en el anexo I de la Ley catalana 3/1998, de intervención integral de la administración ambiental, e “invade efectivamente la competencia de la comunidad autónoma para regularlas y autorizarlas o no autorizarlas en cada caso concreto, e indirectamente afecta a las competencias de los municipios colindantes, a donde se verían obligadas a redirigirse esas actividades en caso de interesar su implantación en la zona. En consecuencia se trata de un precepto que adolece de nulidad de pleno derecho”.

C) Legalidad de la Ordenanza municipal al fijar distancias mínimas de las actividades ganaderas respecto del núcleo urbano y los caminos vecinales, en defecto de norma estatal y autonómica. Se trata de una determinación propia del planeamiento urbanístico que, en el supuesto de que el municipio no disponga de éste, pueda establecer vía ordenanza municipal

El Tribunal Superior de Justicia establece que:

“en defecto de normativa estatal o autonómica que establezca tales distancias, lo normal es que sean los ayuntamientos en sus planes urbanísticos los que fijen por razones medioambientales, de salud, de higiene y salubridad, las distancias adecuadas. De hecho el artículo 5 de la Ordenanza, no impugnado, indica que todas las actividades ganaderas que se instalen en el término municipal se deberán ajustar a las determinaciones que se fijen en los instrumentos de ordenación urbanística, tanto respecto a su emplazamiento como a las condiciones de uso de edificación del suelo [...] el Ayuntamiento [...] no dispone ni de normas subsidiarias de planeamiento ni de POUM aprobado; en consecuencia, resulta correcto que ejerza a través de una ordenanza las competencias ya señaladas en el fundamento jurídico segundo, sobre sanidad, salubridad pública y protección del medio ambiente, fijando unas distancias mínimas de las explotaciones ganaderas intensivas a la zona urbana de los núcleos de población del municipio y a viviendas aisladas habitadas permanentemente, e incluso estableciendo unas distancias y una prohibición de gestión de excrementos y animales muertos cerca de carreteras y caminos vecinales. En suma, queda justificada su actuación en la evitación de enfermedades, contaminación, malos olores, ruidos y demás perjuicios que estas instalaciones pueden generar a las personas; sin que, por otro lado, la parte recurrente haya propuesto la práctica de alguna prueba que pudiera acreditar lo desacertado técnicamente, por excesivas, de las concretas distancias impuestas por el Ayuntamiento.”

D) Ilegalidad de gestionar los animales muertos mediante el sistema de descomposición

Se impugna el artículo 10.2.B.b), según el cual “Los animales muertos se han de gestionar de manera preferente, mediante sistemas de descomposición”.

El Tribunal Superior de Justicia concluye que:

“este precepto viola la normativa europea aplicable, en concreto el Reglamento de la Comunidad Europea núm. 1774/02,

sobre normas sanitarias de subproductos animales no destinados al consumo humano, que obliga a utilizar el sistema de recogida de cadáveres. Efectivamente es esta última la forma correcta de actuación y por tanto el precepto transcrito es nulo de pleno derecho, amén de indefinido, pues no señala como se gestiona el ‘sistema de descomposición’, y contradictorio con el artículo 12 de la propia Ordenanza –no impugnado– donde se prescribe que los animales muertos de cualquier explotación ganadera deben entregarse a un gestor legalmente autorizado y, hasta que ello sea posible, depositarse en una fosa de cadáveres con capacidad suficiente y debidamente cerrada e impermeabilizada.”

E) La gestión de estiércol y purines

La Ordenanza establece que:

“queda prohibido tirar purines a menos de 100 metros de cualquier casa habitada. En todo caso se permite tirar estiércol siempre que se entierre inmediatamente [...] enterrar tanto los purines como el estiércol en el término máximo de 6 horas, después de que hayan sido esparcidos [...] queda prohibido el vertido de purines en el período comprendido entre el 20 de junio al 20 de septiembre, y todos los viernes, sábados, domingos y días festivos del resto del año.”

El Tribunal Superior de Justicia afirma que:

“a falta de regulación específica autonómica o estatal debe considerarse de competencia municipal esta prohibición para atender a los bienes jurídicos [que protegen los preceptos transcritos]; [...] no se aprecia la concurrencia de ningún obstáculo competencial ni técnico para la imposición de tal obligación de enterramiento [de purines]; [la] limitación temporal [que establece fechas hábiles para el enterramiento de purines] claramente basada en razones de salubridad y evitación de contaminación atmosférica por olores en relación con la evitación de molestias a las personas durante su tiempo libre [artículo 25.2.m) de la LBRL], que bien parece correcta ante la falta de regulación sectorial al respecto por la comunidad autónoma en desarrollo del artículo 6.1 del Decreto 220/2001, sobre control de deyecciones ganaderas (este precepto señala que la aplicación agrícola también tiene que ajustarse a la regulación sobre distancias, áreas de aplicación, cantidades máximas a aplicar, y plazos de aplicación que se establecerán mediante decreto del Gabinete de la Generalitat de Catalunya, Decreto que no se ha dictado).”

F) En la materia medioambiental el Ayuntamiento tendrá las competencias sancionadoras que le atribuyan las leyes

La regulación de la aplicación de estiércol y purines y la gestión de las actividades ganaderas no puede encuadrarse en la ordenación de las relaciones de convivencia de interés local ni en el uso de los servicios, para las que la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, al añadir el título XI sobre tipificación de las infracciones y sanciones amplía la cobertura legal del ejercicio de la potestad sancionadora local.

En materia de sistemas de control, de sanción y de restauración, rige, según establece el Tribunal Superior de Justicia, “no el principio de competencia sino el de legalidad recogido en el artículo 25.1 de nuestra Constitución”.

La conclusión del Tribunal Superior de Justicia es:

“En definitiva, en la materia medioambiental que nos ocupa el Ayuntamiento tendrá las competencias sancionadoras que le atribuyan las leyes [...] pero no puede atribuirse en una ordenanza facultades que no le corresponden.”

Hace un repaso de las normas legales que le permite llegar a la anterior conclusión:

“Así las cosas, ni la Ley catalana de residuos 6/1993, ni la Ley catalana 3/1998, de intervención integral de la administración ambiental, ni la LBRL, ni la Ley catalana 8/1987, municipal y de régimen local de Cataluña, ni su Texto refundido aprobado por

el Decreto legislativo 2/2003, ni la Ley de aguas 29/1985, ni el Decreto legislativo 3/2003, por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña, contienen ninguna mención específica a que los ayuntamientos en sus ordenanzas puedan establecer infracciones y fijar sanciones en la materia que nos ocupa, y si bien la citada LBRL, reformada por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, que le añadió el título XI, sobre tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias, con los artículos 139, 140 y 141, y que además modificó los artículos 127.1 y 129.1 de la LRJPAC (reforma que tiene como uno de sus motivos la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentre apoyatura en la legislación sectorial, dando cumplida exigencia al principio de legalidad, estableciendo criterios de tipificación de infracciones y las correspondientes escalas de sanciones), lo cierto es que en

el nuevo artículo 139 se indica: 'Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes', y bien parece que la regulación de la aplicación de estiércol y purines y la gestión de las actividades ganaderas no puede encuadrarse en la ordenación de las relaciones de convivencia de interés local ni en el uso de los servicios que se especifican, por lo que esta, aparentemente, genérica cobertura legal, no es suficiente a los efectos de la materia que nos ocupa."

Por todo ello, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y anula los artículos 7; 8, párrafo primero; 9.1, 10.2.B).b); artículo 11. 1.6; 15.2; 15.3 y 16 de la Ordenanza.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Régimen jurídico de las ordenanzas municipales reguladoras de los usos del paisaje urbano, en aquellos aspectos relativos a la regulación de las instalaciones de telefonía móvil y de las competencias municipales para su regulación.

Legalidad de: a) los planes de implantación, que la Ordenanza exige que se presenten con carácter preceptivo y previo a la obtención de las licencias ambientales para las concretas instalaciones de la red de telefonía móvil; b) la exigencia del empleo de las mejores técnicas disponibles en cada momento en aras a la minimización del impacto visual, y c) la prohibición o limitación de instalaciones en determinadas zonas y emplazamientos.

Legalidad de los preceptos de la ordenanza impugnada referidos a la compartición de infraestructuras y los relativos a la densidad de potencia de emisión, de acuerdo con las características especiales concurrentes en un municipio como el de Barcelona

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Telefónica Móviles España, SA contra el acuerdo del Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 17 de octubre de 2003, sobre la aprobación definitiva de la modificación de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurso contencioso-administrativo formulado por Telefónica Móviles tiene por objeto el acuerdo del Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 17 de octubre de 2003, que aprueba definitivamente la modificación de los artículos 88 a 97, ambos inclusive, de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano en la ciudad de Barcelona (BOP de 6 de noviembre de 2003).

Se interesa en la demanda la declaración de nulidad de los artículos 91, 92, 93, 94, 96 y 97, así como de la disposición adicional, disposiciones transitorias primera y tercera y anexos 1 y 2 de la citada disposición.

A) El carácter de parte codemandada de Vodafone España, SA

Hay que destacar que Vodafone España, SA compareció en autos, manifestando haber sido emplazada de acuerdo con el artículo 49.1 de la Ley jurisdiccional, que se refiere exclusivamente a la posibilidad de comparecer en el proceso como parte codemandada, única condición en que, en consecuencia, pudo ser admitida como parte.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo 1260/2008

FECHA: 13 de mayo de 2008

PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez

DEMANDANTE: Telefónica Móviles España, SA

DEMANDADO: Ayuntamiento de Barcelona y Vodafone España, SA

DISPOSICIONES ANALIZADAS: LBRL y Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones

DOCTRINA: Régimen jurídico de las ordenanzas municipales reguladoras de los usos del paisaje urbano, en aquellos aspectos relativos a la regulación de las instalaciones de telefonía móvil y de las competencias municipales para su regulación. Legalidad de: a) los planes de implantación, que la Ordenanza exige que se presenten con carácter preceptivo y previo a la obtención de las licencias ambientales para las concretas instalaciones de la red de telefonía móvil; b) la exigencia del empleo de las mejores técnicas disponibles en cada momento en aras a la minimización del impacto visual, y c) la prohibición o limitación de instalaciones en determinadas zonas y emplazamientos.

Vodafone España, SA ha impugnado la misma ordenanza objeto de estos autos en otro recurso seguido ante esta misma sala y sección con el número 12/2004, en el que recayó la sentencia de fecha 18 de mayo de 2007, en la que sus pretensiones fueron íntegramente desestimadas.

El Tribunal Superior de Justicia afirma que:

“la condición de codemandada de la citada entidad es la posición procesal única en la que podía admitirse su comparecencia [...] al no estar prevista en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa la figura jurídica del coactor o coadyuvante de la parte actora que finalmente ha adoptado, figura que permitiría indebidamente adherirse a un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un tercero a quien no lo interpuso en su propio interés en el plazo perentorio prevenido al efecto en el artículo 46 de la citada ley, e incluso a quien en su momento no hubiese agotado los recursos en su caso procedentes en la vía administrativa previa, o, como ahora parece pretenderse, interponer indebidamente un segundo recurso contra una misma resolución administrativa.”

Esta posición se mantiene reiteradamente por el Tribunal Supremo, como acredita, señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la STS de 23 de abril de 2003 (RJ 2003, 5243), que establece que:

“compareció en autos en calidad de demandada, en realidad de codemandada, y como tal se le tuvo en virtud de proveído firme, desde cuya postura procesal resulta inviable la pretensión deducida en su escrito de contestación a la demanda, de estimación del recurso de la actora, o la subsidiaria nulidad de actuaciones administrativas, puesto que dichas pretensiones sólo serían susceptibles de ser deducidas en demanda, y previa la formulación en forma del oportuno recurso contencioso-administrativo, al no ser tampoco viable la figura del coadyuvante del actor, de manera que desde la posición procesal de codemandado sólo resulta posible sostener la legalidad del acto administrativo impugnado por la recurrente.”

La misma STS razona la actividad procesal que puede llevar a cabo la codemandada:

“Al codemandado no puede reconocérsele otra actividad procesal que la enderezada a defender la legalidad de los actos impugnados en el proceso ni, en consecuencia, legitimación para interponer recurso contra aquellos. En el mismo sentido se pronuncian los autos de esta sala de 9 de junio de 2000 y 22 de enero de 2001 (RJ 2001, 1396), el último de los cuales declara que en tales casos no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues como titular de derechos e intereses legítimos la parte pudo actuar en su momento como recurrente impugnando la resolución de que se trata.”

La consecuencia de todo lo anterior, señala el Tribunal Superior de Justicia, no puede ser otra que:

“la no-consideración a los efectos de esta resolución ni de las alegaciones formuladas por tal parte ni de los medios probatorios en su caso practicados a su instancia.”

B) Las competencias municipales para la regulación de las instalaciones de telefonía móvil

El Tribunal Superior de Justicia reitera su doctrina en las sentencias de esta sala y sección número 474, de 18 de mayo de 2007, y 811, de 21 de septiembre de 2007, y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 24 de enero de 2000 (RJ 2000, 331), 18 de junio de 2001 (RJ 2001, 8744), 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 326) y 24 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4413), de las que debemos destacar las conclusiones siguientes.

“De lo expuesto resultan las siguientes consecuencias:

“1ª) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia

Legalidad de los preceptos de la ordenanza impugnada referidos a la compartición de infraestructuras y los relativos a la densidad de potencia de emisión, de acuerdo con las características especiales concurrentes en un municipio como el de Barcelona.

urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

“Por consiguiente, los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de calas y canalizaciones o instalaciones en edificios [artículos 4.1.a) de la LRRL y 5 del RSCL], tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos [artículo 25.2.a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas [artículo 25.2.b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [artículo 25.2.c)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [artículo 25.2.d)], protección del medio ambiente [artículo 25.2.f)], patrimonio histórico-artístico [artículo 25.2.e)] y protección de la salubridad pública [artículo 25.2.f)].

“2ª) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

“Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

“Pero, claro está, sin negar *in radice* la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados.”

C) La legalidad de los planes de implantación, que la Ordenanza exige que se presenten con carácter preceptivo y previo a la obtención de las licencias ambientales para las concretas instalaciones de la red de telefonía móvil

La sentencia desestima en este punto el recurso reiterando el contenido de la STS de 25 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4413), en el siguiente sentido:

“La exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e incluso apruebe el Ayuntamiento.

“Por otra parte, la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente.

“El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia. Y no pueden considerarse ilegales en cuanto establecen la indicada exigencia y señalan un contenido del plan tendente a garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y paisajes urbanísticos.

“Se trata de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger (sentencia de 15 de diciembre de 2003 [RJ 2004, 326]).”

D) La legalidad de la exigencia del empleo de las mejores técnicas disponibles en cada momento en aras a la minimización del impacto visual

La actora cuestiona la exigencia contenida en el artículo 91.2 de la Ordenanza, referida al empleo de las mejores técnicas disponibles en cada momento en aras a la minimización del impacto visual.

El Tribunal Superior de Justicia desestima la pretensión sobre la base de la doctrina del Tribunal Supremo, al afirmar:

“No es esa la conclusión que cabe alcanzar cuando ya se dispone de doctrina del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Cuarta, especialmente de su sentencia de 24 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4413) (fundamento jurídico quinto), que cita la anterior de 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 326), en el siguiente sentido: ‘Distinta ha de ser la respuesta en cuanto a la anulación del artículo 7.3 de la Ordenanza, según el cual las antenas de telefonía móvil habrán de utilizar la mejor tecnología disponible que sea compatible con el mínimo impacto visual [...], no puede compartirse el motivo de nulidad que se aprecia en la sentencia de instancia, que tras rechazar el argumento del carácter antieconómico de una permanente actualización de las antenas, entiende que conforme a la legislación de telecomunicaciones, corresponde al Ministerio de Fomento y a las comunidades autónomas la evaluación de la conformidad de equipos y aparatos y en esta materia carecen los ayuntamientos de competencia para elegir o imponer una concreta tecnología, y no se comparte dicho motivo porque con tal exigencia no se incide en la competencia estatal o autonómica sobre la evaluación de equipos y aparatos, sino que se tiene en cuenta tal evaluación como presupuesto, y la previsión de utilización de la mejor tecnología no se efectúa de forma abstracta sino en relación con la consecución de los fines cuya garantía incumbe al Ayuntamiento, con referencia específica a la consecución del mínimo impacto visual, que se configura como prevalente, es decir, en función de los objetivos a los que responde el ejercicio de las competencias municipales y por lo tanto dentro de sus atribuciones’.

“A la misma conclusión se llega respecto de la anulación de la expresión ‘favorablemente’ [...], que tiene como único fundamento en la sentencia de instancia, que ‘tal imposición y vinculación carece de cobertura jurídica’, pues, como resulta de los artículos 82 y 83 de la LRJPAC, han de solicitarse los informes que sean preceptivos por disposiciones legales, término que ha de entenderse en sentido amplio y por lo tanto comprende las disposiciones reglamentarias (caso de la Ordenanza impugnada), lo que se

confirma cuando en el siguiente artículo 83 se establece que salvo ‘disposición’ expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes, de manera que no resulta de tales preceptos la existencia de una reserva de ley en cuanto a la exigencia de informes y determinación de su carácter vinculante o no, pudiéndose establecer por norma reglamentaria; y, por otra parte, el sentido favorable del informe no supone en este caso una imposición o restricción añadida respecto del interesado sino la apreciación de la excepción a la regla general de no autorización de instalación de antenas de telefonía móvil en edificios y conjuntos protegidos, prohibición general que en la sentencia de instancia se entiende justificada y respecto de la cual el informe de los servicios municipales actúa como justificante de la excepción y consiguientemente en sentido favorable.

“En consecuencia, la sentencia de instancia incurre en las infracciones denunciadas en el motivo primero de casación en relación con la anulación de estos preceptos [7.3 y la expresión ‘favorablemente’ del artículo 7.4.b)], por lo que procede estimar en tal sentido el motivo.

“Por lo demás, la técnica utilizada de conceptos jurídicos indeterminados en forma alguna y en los términos empleados se estima disconforme a Derecho ni fuente de arbitrariedad ya que, dejando incólume la naturaleza reglada del otorgamiento de licencias, se estima suficientemente ponderada para que la Administración concrete en el caso puntual que corresponda las razones que tenga a bien defender para el buen o mal fin de la solicitud de licencia que se efectúe y para que, en su caso si es que procede, en el debido enjuiciamiento jurisdiccional contencioso-administrativo que se inste por el solicitante de la licencia o por terceros, haya lugar a decidir lo que corresponda.”

E) La legalidad de utilizar conceptos jurídicos indeterminados por las ordenanzas municipales

En este punto, el Tribunal Superior de Justicia se remite a la STS de la Sala Tercera, Sección Cuarta, de 15 de diciembre de 2005:

“La utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las normas reglamentarias y, en concreto por las ordenanzas municipales, es no sólo posible y constitucionalmente lícito sino habitual e inevitable, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. En definitiva, supone una técnica en la que, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado halo o zona de incertidumbre, en relación con el cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva, supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de los conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse, en cada caso, si concurre o no el supuesto determinante, según la previsión de la Ordenanza, de la procedencia de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables, de una determinada actividad. Y, desde luego, sin hacer, por supuesto, una aplicación especial de la presunción *iuris tantum* de validez de los actos administrativos, ni rescatar la doctrina que otorgaba a la Administración el beneficio de la duda en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso, es posible rectificar la apreciación que del concepto jurídico indeterminado haga la Administración, cuando aparece que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad (cfr. STS de 25 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4486] y 19 de julio de 2000 [RJ 2000, 7428]).”

F) Legalidad de la prohibición o limitación de instalaciones en determinadas zonas y emplazamientos

Entiende la actora a continuación injustificada desde el punto de vista urbanístico y medioambiental la prohibición o limitación de instalaciones en determinadas zonas y emplazamientos [artículo 91, apartados 3.a).1, 3.a).6 y 3.e) de la Ordenanza].

El Tribunal Superior de Justicia trae de nuevo a colación las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 24 de enero de 2000 (RJ 2000, 331), de 18 de junio de 2001 (RJ 2001, 8744), de 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 326) y de 24 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4413). En concreto, transcribe el fundamento jurídico tercero de esta última sentencia:

“Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo, y Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones) y en la nueva regulación estatal.

“Esta normativa reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y las expresadas instalaciones.

“El artículo 17 de la LOT/87 establecía una importante conexión entre el derecho del operador a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación de los servicios, en el ámbito de las condiciones que establece el artículo 28 de la misma, y los instrumentos de planeamiento urbanístico. En su apartado segundo establecía que ‘En tal sentido, los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio deberán tener en cuenta la instalación de servicios de telecomunicación, a cuyo efecto el órgano encargado de su redacción recabará de la Administración la oportuna información’. El artículo 18 reconocía el carácter vinculante de estos instrumentos en relación con la obligación de la canalización subterránea y establecía la proporción en que los operadores deben sufragar los costes de construcción de la infraestructura en proporción a su interés urbanístico. De este criterio se ha hecho eco la jurisprudencia de esta sala. Estos mismos principios aparecen hoy desarrollados en los artículos 44 y 45 de la LGT/98.”

De ello el Tribunal Superior de Justicia concluye que:

“los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de calas y canalizaciones o instalaciones en edificios, tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas, protección civil, prevención y extinción de incendios, ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, protección del medio ambiente, patrimonio histórico-artístico y protección de la salubridad pública. Siendo también de reiterar aquí lo antes dicho respecto de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados.”

G) Legalidad de los preceptos de la Ordenanza impugnada referidos a la compartición de infraestructuras y los relativos a la densidad de potencia de emisión, de acuerdo con las características especiales concurrentes en un municipio como el de Barcelona

La actora considera ilegal la obligación de compartir infraestructuras impuesta en los artículos 91.3.b) y 94.2, que considera

la actora ilegal por ser de plena competencia estatal, así como el establecimiento de distancias y de densidad de potencia de emisión [artículo 91.3.c) y disposición transitoria primera], que considera aspectos puramente técnicos del sector de telecomunicaciones, carentes de vinculación con las competencias municipales.

En relación con la compartición de infraestructuras, el Tribunal Superior de Justicia recuerda sus sentencias número 474, de 18 de mayo de 2007, y 811, de 21 de septiembre de 2007, y añade:

“1) Dejando de lado el supuesto que hace referencia a que los operadores de infraestructuras pueden fomentar y promover la compartición de infraestructuras que no se cuestiona, debe indicarse que esa compartición resulta descartada tanto en los casos de que los niveles de referencia no se ajusten a los establecidos en normas sectoriales estatales y autonómicas teniendo en cuenta el funcionamiento conjunto de todas las instalaciones, como en los casos de que el impacto visual de la compartición sea superior al de implantación separada de instalaciones.

“2) El establecimiento de la obligación de compartición, según el tenor de la Ordenanza impugnada, se realiza en un procedimiento que garantiza la audiencia de los interesados incluidos desde luego los operadores, en el que se tienen presentes las informaciones de las instalaciones existentes y de los programas de desarrollo y el impacto ambiental y visual, la afectación a las personas y las prescripciones del planeamiento y ordenanzas urbanísticas, lo que se ajusta a la finalidad fundamental de ese establecimiento de la obligación de compartición, esto es, la producción del menor impacto ambiental y visual.

“3) El régimen establecido debe estimarse suficientemente ponderado, matizado y ajustado a los dictados de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), sobre todo en el halo de las competencias urbanísticas y medioambientales que corresponde reconocer a la Administración municipal.”

Respecto a los límites de exposición previstos en la Ordenanza, el Tribunal Superior de Justicia se remite a sus sentencias 421, de 16 de mayo de 2003, 673, de 15 de septiembre de 2005 [RJCA 2006, 150] y 979, de 15 de diciembre de 2005 [RJCA 2007, 317], dictadas en relación con la impugnación del Decreto 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación.

H) Legalidad de la disposición transitoria primera, que obliga al cumplimiento de unos niveles de emisión a cuyos requisitos se pretende ajustar las instalaciones preexistentes

El Tribunal Superior de Justicia no observa que la disposición transitoria primera vulnere el principio de irretroactividad. Afirma que la misma temática ya ha sido examinada por la doctrina del Tribunal Supremo, en sus sentencias de la Sala Tercera, Sección Cuarta, de 18 de junio de 2001 (RJ 2001, 8744) y de 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 326), que procede reiterar en los siguientes términos y en relación con la concreta disposición transitoria que ahora nos ocupa:

“En primer lugar, no se trata de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos, en el sentido estricto en que acoge este concepto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

“Persigue, en efecto, la implantación de una nueva regulación que por su carácter uniforme requiere el establecimiento de un régimen general.

“En segundo término, aun desde la perspectiva del principio de irretroactividad de los reglamentos recogido hoy en el artículo 62.2 de la LRJ-PAC, el motivo tampoco puede ser acogido.

“Resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (cfr. STS de 26 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1823]).

“De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6), y se recoge en la jurisprudencia de esta sala (STS 14 de junio de 1994 [RJ 1994, 4597], 22 de junio de 1994 [RJ 1994, 5022], 5 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1039] y 15 de mayo de 1997 [RJ 1997, 3086]), ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo ‘cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no’, una retroactividad de grado medio ‘cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados’ y una retroactividad de grado mínimo ‘cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior’.”

Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (STC 42/1986 [RTC 1986, 42], 99/1987 [RTC 1987, 99], 227/1988 [RTC 1988, 227], 210/1990 [RTC 1990, 210] y 182/1997 [RTC 1997, 182], entre otras, y STS de 18 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2500], 15 de abril de 1997 [RJ 1997, 3086] y 17 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3988], entre otras muchas).

El examen de las normas de la Ordenanza cuestionada proyecta su eficacia al futuro tratando de que las antenas instaladas cumplan las exigencias por ella establecidas para el otorgamiento de las correspondientes licencias, concediendo el plazo de un año para la obtención de aquéllas y para la modificación de las condiciones de las ya instaladas con sujeción a los nuevos requisitos. Esto supone, a lo sumo, una retroactividad de grado mínimo (aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor), puesto que debe interpretarse que en ningún momento se contempla la supresión de las antenas que no sean susceptibles de adaptación a las nuevas condiciones exigidas por la Ordenanza, sino sólo su traslado o adaptación.

Por consiguiente, ajustándose el tenor de la disposición transitoria que ahora se enjuicia a la subsunción de la doctrina expuesta debe afirmarse la improsperabilidad de las alegaciones formuladas sobre tal particular.

I) Ilegalidad de la disposición transitoria tercera, que establece que la solicitud de concesión de licencias sobre las que no se haya formulado ninguna propuesta de resolución se tramitará de acuerdo al régimen jurídico vigente con la entrada en vigor de la Ordenanza

La aceptación de que el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de licencia pueda quedar supeditado a la circunstancia de que se haya formulado o no propuesta de resolución en el momento de la entrada en vigor de la reforma de la ordenanza de autos supondría el dejar en manos de la Administración la elección del régimen jurídico aplicable a las licencias ya solicitadas con anterioridad. Posibilidad que, además, es contraria a constante jurisprudencia relativa al ordenamiento aplicable en los supuestos de modificación de la normativa, jurisprudencia que, surgida con ocasión de cuestiones urbanísticas, es de perfecta aplicación a la solicitud de licencias de carácter medioambiental, pudiendo sintetizarse, según ya se recogió en las sentencias de esta sala de 1 de marzo y 7 de diciembre de 2005 (PROV 2006, 56966), del siguiente modo:

“El control preventivo de la actuación proyectada por el administrado, que es la función de la licencia urbanística, exige un cierto lapso de tiempo para la tramitación del procedimiento

necesario (artículo 247.3 del Decreto legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia de urbanismo, como con posterioridad se establece en el artículo 180.2 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, y en el 180.2 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña), y es claro que a lo largo de su curso puede producirse una modificación de la ordenación urbanística. A este respecto, el criterio consolidado de la jurisprudencia, armonizando las exigencias del interés público y la garantía del administrado, es el de que la ordenación aplicable es la del momento de la resolución, si ésta se dicta dentro de los plazos previstos en el artículo 81 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, aprobando el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales en Cataluña, con lo que se atiende a la cristalización más reciente de las demandas del interés público urbanístico, y la del momento de la solicitud, si la decisión se produce fuera de aquellos plazos, con lo que se garantiza al administrado frente a las consecuencias de una dilación administrativa, dado que ningún perjuicio debe sufrir aquel como consecuencia de que la Administración vulnere los plazos para resolver las peticiones de licencia.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso, declarando la nulidad de pleno derecho de la disposición transitoria tercera, del siguiente tenor literal:

“Disposición transitoria tercera. La solicitud de concesión de licencias respecto de las que no se haya formulado ninguna propuesta de resolución se tramitará de acuerdo con el régimen jurídico vigente con la entrada en vigor de la presente Ordenanza.”

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto en todo lo demás.

3. Expropiación y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

Tribunal Supremo. Las declaraciones de urgente ocupación no constituyen el desarrollo de una potestad reglamentaria, sino la declaración y aprobación de una resolución administrativa dirigida a una pluralidad de personas, pero que ni crea Derecho ni se integra en el ordenamiento jurídico como parte del mismo.

La declaración de urgencia, como concepto jurídico indeterminado, tiene unas connotaciones de excepcionalidad en la Ley de expropiación forzosa y en el Reglamento, y por ello debe responder a urgencias reales y constatadas a lo largo del expediente, en relación con una obra o finalidad concreta y determinada, suficientemente justificadas, para que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio

SUPUESTO DE HECHO

El Gobierno valenciano, mediante resolución de 23 de septiembre de 1997, declaró la urgente ocupación de bienes y derechos sujetos al expediente expropiatorio para la ejecución del proyecto de canalización del barranco de Foietes.

Un propietario afectado formuló un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2004.

Se formula un recurso de casación y se formulan cinco motivos de recurso. En el primero, sin precisar, se estiman vulnerados los artículos 58 y 89 de la LRJPAC, alegando que el acuerdo impugnado nunca les fue notificado íntegramente, ni expuestos los recursos que cabían contra el mismo, no reputando suficiente la simple publicación del acuerdo. El resto de motivos se fundamentan en la infracción de diversos preceptos, pero todos ellos están estructuralmente relacionados con la falta de notificación y motivación del acuerdo.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo y anula la declaración de urgencia y la continuación del procedimiento expropiatorio por dicho trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo para resolver las cuestiones planteadas se remite a la STS de 1 de febrero de 2008. Reitera sus argumentos y, en concreto, cabe destacar los siguientes.

A) La declaración de urgencia es un acto administrativo que debe notificarse por no dirigirse a una pluralidad indeterminada de personas

En palabras del Tribunal Supremo:

“La cuestión a dilucidar es la de si el acuerdo de declaración de urgente ocupación [...], entra en la categoría de disposiciones generales y por tanto no necesita ser notificado siendo bastante su publicación en el periódico oficial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la LRJPAC o, por el contrario, es un acto administrativo y por tanto le es de aplicación al artículo 58 de la LRJPAC, con las excepciones a que se refiere al artículo 59.5 de la misma, entre lo que se encuentra el ser un acto que tenga por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas.

“Que no estamos ante una disposición de carácter general parece evidente, dado que la característica indispensable para que estemos ante una disposición del tal naturaleza es que ésta forme parte del ordenamiento en tanto que no acontece así con el acto administrativo, que se agota con su cumplimiento, lo que, por otra parte, no sucede en la disposición general. La disposición general es un acto ordinamental que crea derecho en tanto que el acto se limita a aplicarlo. En el caso de las declaraciones de urgente ocupación no estamos ante el desarrollo de una potestad reglamentaria sino ante la declaración y aprobación de una resolución administrativa dirigida a una pluralidad de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 1390/2005

FECHA: 4 de junio de 2008

PONENTE: Excm. Sra. Margarita Robles Fernández

DEMANDANTE: Propietario afectado por una expropiación

DEMANDADO: Comunidad Autónoma Valenciana

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 52, 58 y 59 de la LRJPAC, y artículo 52 de la LEF

DOCTRINA: Las declaraciones de urgente ocupación no constituyen el desarrollo de una potestad reglamentaria sino la declaración y aprobación de una resolución administrativa dirigida a una pluralidad de personas, pero que ni crea Derecho ni se integra en el ordenamiento jurídico como parte del mismo. La declaración de urgencia, como concepto jurídico indeterminado, tiene unas connotaciones de excepcionalidad en la Ley de expropiación forzosa y en el Reglamento, y por ello debe responder a urgencias reales y constatadas a lo largo del expediente, en relación con una obra o finalidad concreta y determinada, suficientemente justificadas para que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio.

El acuerdo en que se declare dicha urgencia debe estar debidamente motivado con la exposición de las circunstancias que lo justifican.

La nulidad de la declaración de urgencia sólo afecta al procedimiento a seguir y no a la expropiación en sí misma, que debe continuar su tramitación conforme a las normas del procedimiento ordinario y a salvo de cuantas reclamaciones pudiesen hacer quienes habiendo sido efectivamente expropiados se considerasen perjudicados por la tramitación que se hubiese seguido.

personas pero que ni crea Derecho ni se integra en el ordenamiento jurídico como parte del mismo.

“Resuelta así la cuestión, el acuerdo que nos ocupa debió ser notificado salvo que concurriesen alguno de los supuestos de los artículos 59.5 de la LRJPAC. Es evidente que no estamos ante el supuesto previsto en el apartado b) del citado artículo 59.5 ni tampoco en aquel a que se refiere el segundo inciso del apartado a, que es aplicable sólo en los supuestos de procedimientos

incoados para una pluralidad de personas y sea de aplicación el artículo 33 de la propia Ley 30/1992.

“La cuestión se limita, en consecuencia, a decidir si estamos ante un acto administrativo que tiene por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas o si por el contrario los destinatarios del acto están perfectamente determinados. En el primer caso sería suficiente la publicación y no se habría producido la infracción invocada por la recurrente, en tanto que en el segundo la notificación es requisito necesario y por tanto, conforme a reiterada doctrina de esta sala, el plazo para recurrir no empieza a contarse en su defecto hasta el momento en que el afectado tiene conocimiento del mismo.”

B) Carácter excepcional de la declaración de urgencia

El Tribunal Supremo recuerda que esta sala en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 29 de enero de 2007 (Rec. 2461/2004), se ha pronunciado sobre la excepcionalidad para declarar la urgente ocupación a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la LEF (RCL 1957, 843) en los siguientes términos:

“Como tiene declarado esta sala [...] para declarar la urgente ocupación, [debe concurrir] la imperiosa necesidad de ejecutar inmediatamente unas obras, que no permita emplear el procedimiento expropiatorio común u ordinario, [...] esta sala ha repetido incansablemente que para declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación, a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada, conforme a lo establecido concordadamente por los artículos 52 de la Ley de expropiación forzosa y 56 de su Reglamento es necesario, en primer lugar, que concurran circunstancias excepcionales que exijan acudir a tal procedimiento y, en segundo lugar, que el acuerdo, en el que se declara dicha urgencia, esté debidamente motivado con la exposición de las indicadas circunstancias que lo justifican, [...] la declaración de urgencia, como concepto jurídico indeterminado, tiene unas connotaciones de excepcionalidad en la Ley de expropiación forzosa y en el Reglamento y por ello debe responder a urgencias reales y constatadas a lo largo del expediente, en relación con una obra o finalidad concreta y determinada, suficientemente justificadas para que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio; y, en segundo lugar, que el acuerdo en que se declare dicha urgencia esté debidamente motivado con la exposición de las circunstancias que lo justifican.”

C) Consecuencias de la nulidad de urgencia

“la nulidad de la declaración de urgencia, como decíamos entre otras en la sentencia de 18 de enero de 2001 (Rec. 6377/96) sólo

afecta al procedimiento a seguir y no a la expropiación en sí misma que debe continuar su tramitación conforme a las normas del procedimiento ordinario y a salvo de cuantas reclamaciones pudiesen hacer quienes habiendo sido efectivamente expropiados, se considerasen perjudicados por la tramitación que se hubiese seguido.”

D) La urgencia sin más y el no haber llegado a un acuerdo con los propietarios no constituyen el supuesto de hecho exigido por la LEF para acordar la declaración de urgencia

El Tribunal Supremo, para el caso concreto, afirma que al acuerdo del Consejo de Gobierno recurrido para justificar la urgencia da una única razón que en sí misma no es constitutiva de ninguna circunstancia de la que pueda deducirse la urgencia, y así dice que estando las obras “en situación de ser inmediatamente iniciadas, se hace necesario disponer de manera urgente de los terrenos afectados”, añadiendo a continuación que fracasaron las gestiones con los afectados para llegar a un mutuo acuerdo.

El Tribunal Supremo concluye que:

“Resulta sorprendente que la única razón que se da para la declaración de urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación, sea la ‘urgencia’ en el inicio de las obras, sin motivar adecuadamente en los términos y por las razones expuestas contenidas en la doctrina de la sala, cuales son las circunstancias de cualquier tipo reales y constatadas que determinan esa supuesta urgencia en el inicio de las obras que se considera el único motivo para justificar la declaración de urgente ocupación.

“El acuerdo impugnado no recoge ninguna circunstancia excepcional que permita fundamentar la declaración de urgente ocupación, haciendo exclusivamente referencia a una supuesta urgencia, no apoyada en ninguna razón o circunstancia, respecto al inicio de la obra.

“Así las cosas, es evidente que la sentencia de instancia vulnera el artículo 52 de la LEF y jurisprudencia que lo desarrolla pues ni se ha acreditado la concurrencia de circunstancias excepcionales que justificasen la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación, ni el Acuerdo en el que se declara dicha urgencia está debidamente motivado con la exposición de las indicadas circunstancias que lo justifican.”

El Tribunal Supremo, por ello, declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto y anula el acuerdo que declara la urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por el expediente de expropiación forzosa que anula, por no ser ajustado a Derecho, anulando consiguientemente la declaración de urgencia de la ocupación, y el acuerdo de la tramitación del procedimiento expropiatorio por el procedimiento del artículo 52 de la LEF.

Tribunal Supremo. No procede indemnizar que, como consecuencia de la anulación de una licencia que infringe el ordenamiento, pierda valor un inmueble al adecuarlo a la legalidad. No puede computarse como lucro cesante a efectos indemnizatorios el beneficio que se pensaba obtener de una actividad ilícita, aunque haya mediado autorización administrativa para tal actividad, posteriormente anulada

SUPUESTO DE HECHO

El 31 de enero de 1996 la entidad Promociones Inmobiliarias Goriz, SA solicitó ante el Ayuntamiento de Zaragoza una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial. Alega que el municipio el 13 de diciembre de 1995 anuló parcialmente, a instancia de un tercero, la licencia concedida para la construcción de un edificio de veinte viviendas, locales y estacionamientos. La anulación se refiere al acceso al garaje.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 1678/2004

FECHA: 27 de mayo de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina

La secuencia cronológica es como sigue: otorgada la licencia inicial el 9 de marzo de 1994, se interpuso un recurso de reposición por un tercero el 19 de julio de 1994, concediéndose licencia de modificaciones el 21 de noviembre de 1995, terminando la obra el 13 de junio de 1995 y dictándose la resolución anulando parcialmente la licencia el 13 de diciembre de 1995.

Ante la desestimación presunta de la reclamación, la citada entidad formuló un recurso contencioso-administrativo. La sentencia de 5 de noviembre de 2003 desestima el recurso y establece que “en el caso que analizamos, hubo culpa del administrado por no haber adoptado las precauciones necesarias” para obtener una correcta información sobre la normativa urbanística aplicable. El recurrente no podía excusarse del desconocimiento de esta normativa, en cuanto promotor de la urbanización en cuestión, relativo al carácter de vía peatonal de la que pretendía situar la salida de vehículos del garaje y aún más en cuanto que la recurrente conocía perfectamente la tramitación del recurso cuya estimación supuso la anulación de la licencia de obras y que resultó interpuesto en fecha de 19 de julio de 1994, cuando la licencia definitiva fue concedida el 21 de noviembre del mismo año, ya que en caso contrario no se entiende se consintiera dicha resolución cuando no había sido llamado como parte en el mismo.

Contra esta sentencia interpone un recurso de casación que revoca la sentencia de instancia y estima parcialmente la pretensión de la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El primer motivo de casación se formula al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la jurisdicción, se denuncia la infracción del artículo 218.2 de la Ley de enjuiciamiento civil y se argumenta que la sala de instancia no se ha ajustado a las reglas de la lógica en la apreciación y valoración de las pruebas, pues los argumentos del fundamento de la sentencia devienen ilógicos, señalando que en las actuaciones constan múltiples documentos del Ayuntamiento de Zaragoza que contradicen tales argumentos y prueban que la recurrente al solicitar la licencia compartía los mismos criterios que los técnicos municipales, y prueba de ello son los informes que avalan la concesión de la licencia, por lo que es absolutamente errónea la afirmación de la sentencia de culpa exclusiva de la recurrente al no haber obtenido una correcta información, refiriendo los numerosos informes en que apoya tal postura.

El Tribunal Supremo desestima el motivo por haberse formulado incorrectamente (la supuesta vulneración del artículo 218.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, por falta de la adecuada motivación, no puede producirse por la de “las reglas de la lógica en la apreciación y valoración de las pruebas”). El Tribunal Supremo establece:

“La vulneración de las reglas de la lógica en la valoración de las pruebas exige invocar los preceptos que la establecen y que se consideran infringidos, lo que no se ha hecho en este caso. Ello debía hacerse valer, en su caso, al amparo del motivo establecido en el artículo 88.1.d) de la Ley de la jurisdicción y no de la letra c) que se invoca por la recurrente, debiéndose indicar al respecto que la expresión razonada de los motivos que deban servir de fundamento al recurso de casación no es una mera exigencia ritual desprovista de sentido, sino un elemento determinante del marco dentro del que debe desarrollarse la controversia y en torno al cual este Tribunal ha de pronunciarse.”

En el segundo motivo de casación, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la jurisdicción, se denuncian las cuatro infracciones, de las que debemos destacar la relativa a la infracción del artículo 232 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, de 9 de abril de 1976, del artículo 44.2 de la Ley 6/1998 y del artículo 139 de la Ley 30/1992, alegando que la sentencia entiende que se dan los supuestos para apreciar responsabilidad patrimonial de la Admi-

DEMANDANTE: Entidad mercantil

DEMANDADO: Ayuntamiento de Zaragoza

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 232 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, de 9 de abril de 1976; artículo 44.2 de la Ley 6/1998, y artículo 139 de la Ley 30/1992

DOCTRINA: No procede indemnizar que, como consecuencia de la anulación de una licencia que infringe el ordenamiento, pierda valor un inmueble al adecuarlo a la legalidad. No puede computarse como lucro cesante a efectos indemnizatorios el beneficio que se pensaba obtener de una actividad ilícita, aunque haya mediado autorización administrativa para tal actividad, posteriormente anulada. En los supuestos de responsabilidad patrimonial por anulación de licencias urbanísticas que infringen el ordenamiento, se trata de licencias otorgadas a petición del interesado y como regla general de conformidad con el proyecto presentado, por lo que se hace difícil la posibilidad de alegar desconocimiento de la infracción por parte del petionario, salvo en casos de ordenaciones urbanísticas incompletas o confusas. Sin embargo, ello no es suficiente para una exención total o absoluta de responsabilidad de la Administración que otorgó la licencia, por el hecho que las normas vigentes exigen para ello dolo o culpa grave imputable al administrado. No cabe apreciar culpa grave, que exonere a la Administración de la indemnización que trae causa en la anulación de una licencia que infringe el ordenamiento cuando en la tramitación de la licencia existen informes contradictorios que ponen de manifiesto discrepancia en la interpretación de las normas urbanísticas del planeamiento aplicable.

nistración, pero considera que existe culpa de la recurrente, desconociendo todos los documentos reflejados en el motivo anterior, señalando la recurrente que en ningún momento llevó a cabo actividad que indujera a error al Ayuntamiento para que concediera las licencias.

El Tribunal Supremo repasa las normas que han regulado y regulan la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de licencias. Señala que es:

“objeto de atención específica por el legislador, que se ha reflejado en las sucesivas leyes urbanísticas, artículo 232 del Texto refundido aprobado por el Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, artículo 240 del Texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, artículo 44.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y artículo 30 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, que, partiendo de la aplicación y requisitos generales establecidos en las normas que regulan la responsabilidad patrimonial, excepcionan de manera expresa la indemnización en los casos de dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.”

El Tribunal Supremo relaciona su doctrina jurisprudencial, en la que sostiene que la indemnización de daños y perjuicios por causas de anulación de licencias municipales (de obra, edificación, etc.) es el correlativo lógico de toda revocación de licencias por tal causa, por ser indudable que la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar reali-

zando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado. Por ello, es claro que el administrado en estos supuestos sufre una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración, y así la procedencia de la indemnización que como regla nadie discute.

Sin embargo, el Tribunal Supremo recuerda que en esta materia, la regla general tiene una importante excepción:

“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.”

Sintetiza su doctrina del siguiente modo:

“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 las sentencias de 21 de marzo (RJ 1995, 1981), 2 de mayo, 10 de octubre (RJ 1995, 7049) y 25 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 9501), 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 12, 13, y 29 de julio de 1999 y 20 de julio de 2000, SIC (RJ 2000, 6001)—, 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. La propia jurisprudencia va señalando los criterios para apreciar supuestos de exclusión de la responsabilidad administrativa por dolo o culpa grave del perjudicado. Así, en la sentencia de 15 de abril de 2003 (RJ 2003, 3775), se alude a ‘la forma de presentar el proyecto, actuación en el procedimiento, demás circunstancias concurrentes, etc., mediante formas o modos inexactos que pudieran razonablemente inducir a error a la Administración’ (como ocurría en los casos resueltos en las sentencias de 26 de septiembre de 1981 [RJ 1981, 3848], 14 d diciembre de 1983 [RJ 1983, 6341], 3 de diciembre de 1986 [RJ 1987, 990] y 30 de enero de 1987 [RJ 1987, 2032]), y ‘ocultando o desfigurando datos que puedan inducir a error a la Administración’ (así en el resuelto en la sentencia de 22 de noviembre de 1985 [RJ 1986, 473]). Por su parte, la sentencia de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4412), por referencia a la de 30 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6552), señala que ‘es doctrina jurisprudencial reiterada que la culpa o negligencia graves (y, por supuesto, el dolo) no se originan por el conocimiento más o menos completo que se pueda tener de la infracción, porque la *gravedad* exige que la conducta sea tan intensa que la licencia no se hubiera dado sin ella —sentencia de 4 de julio de 1980 (RJ 1980, 3410)— y que se proyecte sobre el procedimiento de concesión, puesto que las normas urbanísticas obligan a la Administración y a los administrados y el Ayuntamiento no puede prescindir de un examen acabado para comprobar si el proyecto está o no conforme con el Plan’. En este último aspecto insiste más adelante la misma sentencia de 28 de mayo de 1997, señalando que ‘Como declara la sentencia de 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 473) no se puede olvidar que las normas urbanísticas obligan a la Administración y a los administrados y que el Ayuntamiento para otorgar la licencia no puede prescindir de un examen acabado para comprobar si el proyecto está conforme con el plan o las normas urbanísticas aplicables, para lo cual dispone de los informes de sus servicios técnicos’.”

En el caso examinado, el Tribunal Supremo presta especial atención a los múltiples informes que figuran en el expediente y

que se citan por la recurrente, de los que se deduce claramente la discrepancia en la interpretación de las normas urbanísticas del Plan general, concretamente del artículo 3.2.7.2 y 3.2.7.3, en cuanto a la consideración de la calle como peatonal o de acceso restringido y el alcance de esta última clasificación a efectos del pretendido acceso de vehículos.

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo afirma:

“difícilmente puede advertirse una negligencia o culpa grave del administrado en la valoración de las circunstancias urbanísticas, para la elaboración y presentación del correspondiente proyecto, cuyo alcance resulta altamente controvertido entre los servicios técnicos y jurídicos de la propia Administración [...]. En definitiva, no puede hablarse en este caso de negligencia grave por parte del administrado en el conocimiento de las normas urbanísticas y el planteamiento del proyecto soporte de la licencia de obras solicitada. Por el contrario, las discrepancias entre los distintos servicios administrativos sobre la interpretación y alcance de las normas urbanísticas aplicables al caso, que han sido las determinantes de la concesión de la licencia inicial, después anulada, corresponde resolverlas por la Administración en la pertinente decisión, respondiendo de las consecuencias derivadas de su ulterior anulación por no ajustarse a la recta aplicación de tales normas.”

En consecuencia, estima el motivo, revoca la sentencia de instancia y determina el alcance de la indemnización, que incluye el coste de la modificación del acceso de los vehículos a las plazas de aparcamiento del edificio; los honorarios profesionales y los gastos financieros por la inutilidad de los garajes durante el período que va desde la finalización de la obra inicial el 13 de junio de 1995 hasta la finalización de la modificación del acceso en febrero de 1996.

El Tribunal Supremo excluye la indemnización por los conceptos relativos a eliminación de plazas de aparcamiento y trasteros y pérdida de valor del local en planta baja. Y ello por lo siguiente:

“en cuanto suponen una afectación derivada de la legalización de la obra, es decir, de su adecuación a la licencia modificada para adaptarla a la legalidad, no pueden dar lugar a indemnización, pues no existe un derecho de la recurrente al mantenimiento de la situación anterior a la modificación, que no estaba protegida por el ordenamiento jurídico al ser contraria a las normas urbanísticas, de manera que la modificación no supone lesión de un derecho indemnizable. Lo contrario sería mantener la irregularidad que la anulación de la licencia trata de subsanar, plasmada en la incorporación al patrimonio de la recurrente de la indemnización equivalente a un derecho inexistente.

“Así lo ha entendido esta sala en sentencias como la de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8323) o 28 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4412), señalando esta última por referencia a la de 27 de septiembre de 1995 que: ‘si bien, como tiene declarado la jurisprudencia, la indemnización debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante, es lo cierto que no pueda computarse como lucro cesante a efectos indemnizatorios, el beneficio que se pensaba obtener de una actividad ilícita, aunque haya mediado autorización administrativa para tal actividad, posteriormente anulada, y ello por dos razones, primera porque tal beneficio es antijurídico, por derivar de una actividad permitida por la Ley y en consecuencia el sujeto está obligado acatar tal prohibición, y en definitiva la privación de tal beneficio no es imputable a la actividad administrativa, sino al mandato de la Ley y segunda, porque el reconocimiento de tal lucro cesante supondría la consolidación a favor del sujeto, del efecto económico-material de una actividad cuya ilicitud, en cuanto derivada de norma de carácter general debió conocer de antemano, sin que este planteamiento resulte afectado por la deficiente actuación administrativa’.”

4. Patrimonio de las administraciones públicas

Tribunal Supremo. Cuando un precepto exige “acuerdo de la corporación”, no pueden asimilarse los conceptos de “corporación” y “Pleno”. La corporación es la entidad pública, y así se deduce del artículo 22.2.j) de la LBRL, cuando dice que corresponderá al Pleno “la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria”, distinguiendo la persona jurídica (la corporación) y el órgano (el Pleno).

Por ello, cuando el Reglamento de bienes exige “acuerdo previo de la corporación” no está atribuyendo la competencia a un órgano concreto dentro de la corporación, y por ello hay que acudir a los artículos 21 y 22 de la LBRL, en el primero de los cuales se atribuyen al Alcalde “aquellas competencias que la legislación del Estado [...] asigne al municipio y no atribuya a otros órganos municipales” [artículo 21.1.s)]

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 21 de noviembre de 2003, desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por dos particulares contra la resolución del concejal delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de La Coruña de fecha 4 de noviembre de 1999 (confirmada en reposición por la de 10 de enero de 2000), que desestimó las alegaciones formuladas por aquéllas en el expediente de recuperación de oficio de una porción de vía pública, ocupada por un edificio en que viven las demandantes.

La sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo. En paralelo con los argumentos impugnatorios, el Tribunal Superior de Galicia razonó, primero, que el alcalde tenía competencia para adoptar la resolución de recuperación; segundo, que el bien a recuperar era de dominio público y no patrimonial, y, tercero, que, a los efectos que interesaban, carecía de trascendencia alguna el hecho de que las demandantes hubieran venido pagando al Ayuntamiento el impuesto sobre bienes inmuebles.

Contra esa sentencia desestimatoria la actora formula un recurso de casación, en el cual esgrime como único motivo de impugnación la infracción de los artículos 70 y 71 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales, aprobado por el Real decreto 1372/1986, en relación con los artículos 21 y 22 de la Ley de bases de régimen local 7/1985, de 2 de abril, y ello por no ser competente el alcalde, sino el Pleno de la corporación, para acordar la recuperación de oficio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo desestima el motivo de recurso y examina el artículo 71.2 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio, que dispone que la recuperación en vía administrativa “requerirá acuerdo previo de la corporación”.

La desestimación del motivo de recurso lo argumenta el Tribunal Supremo del siguiente modo:

“La interpretación que la parte recurrente hace del artículo 71.2 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales, como si exigiera acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, no es acertada. Lo que el precepto exige es ‘acuerdo de la corporación’, y no pueden asimilarse los conceptos de ‘corporación’ y ‘Pleno’.

“La corporación es la entidad pública, y así se deduce del artículo 22.2.j) de la Ley de bases de régimen local, cuando dice que corresponderá al Pleno ‘la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria’, distinguiendo la persona jurídica (la corporación), y el órgano (el Pleno).

“Por ello, cuando el Reglamento de bienes exige ‘acuerdo previo de la corporación’ no está atribuyendo la competencia a un órgano concreto dentro de la corporación, para lo cual haya que acudir a los artículos 21 y 22 de la LBRL, en el primero de los cuales se atribuyen al alcalde ‘aquellas competencias que la

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 1659/2004

FECHA: 2 de abril de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de La Coruña

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 21 y 22 de la LBRL, en relación con el artículo 71.2 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales, aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio

DOCTRINA: Cuando un precepto exige “acuerdo de la corporación”, no pueden asimilarse los conceptos de “corporación” y “Pleno”. La corporación es la entidad pública, y así se deduce del artículo 22.2.j) de la LBRL, cuando dice que corresponderá al Pleno “la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria”, distinguiendo la persona jurídica (la corporación) y el órgano (el Pleno). Por ello, cuando el Reglamento de bienes exige “acuerdo previo de la corporación” no está atribuyendo la competencia a un órgano concreto dentro de la corporación, y por ello hay que acudir a los artículos 21 y 22 de la LBRL, en el primero de los cuales se atribuyen al Alcalde “aquellas competencias que la legislación del Estado [...] asigne al municipio y no atribuya a otros órganos municipales” [artículo 21.1.s)].

legislación del Estado [...] asigne al municipio y no atribuya a otros órganos municipales’ [artículo 21.1.s)].

“Éste es el título de atribución a los alcaldes de la competencia para ordenar la recuperación de oficio de bienes en vía administrativa, y no el del artículo 21.1.k) (‘el ejercicio de acciones judiciales y administrativas’); el ejercicio de una acción administrativa es cosa distinta a la recuperación de oficio, pues alude necesariamente a la comparecencia ante otras administraciones en defensa de intereses municipales, sin lo cual no puede decirse que haya ‘ejercicio de acción administrativa’, lo que es distinto al puro ejercicio de potestades municipales (v. gr. tributaria, de disciplina urbanística, de seguridad vial, expropiatoria, etc.); en todos estos supuestos existe ejercicio de competencias administrativas pero no ejercicio de acciones administrativas.”

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

5. Urbanismo, medio ambiente y vivienda

Tribunal Supremo. No infringe el principio de autonomía local la clasificación, directamente por el órgano que aprueba definitivamente el planeamiento general, de un suelo como no urbanizable “rústico de carácter forestal”, en contra de lo previsto por el proyecto aprobado provisionalmente por el municipio, porque no se ejerce una potestad discrecional

SUPUESTO DE HECHO

El Acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Mallorca de 23 de diciembre de 1998 aprobó definitivamente la revisión del Plan general de ordenación urbana de Palma de Mallorca y, en lo que aquí interesa, en su prescripción núm. 7.1, estableció que “se ha de suprimir la clasificación como suelo urbanizable programado del sector SUP/87-01 Puntiró (1ª fase), quedando los terrenos clasificados como suelo rústico con la calificación de forestal (F)”.

Una entidad mercantil recurrió en vía contenciosa administrativa contra la indicada prescripción núm. 7.1, y el recurso fue desestimado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 12 de enero de 2004.

Esta sentencia confirmó la legalidad de la revisión del Plan general de ordenación urbana de Palma de Mallorca, así como, en concreto, de la clasificación “del sector SUP/87-01 Puntiró (1ª fase) como suelo rústico con la calificación de forestal (F)”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En el primer motivo la recurrente considera que la sentencia ha infringido el principio de autonomía local, y, consiguientemente, el artículo 41 de la LS1976.

El Tribunal Supremo desestima el motivo:

“por cuanto estamos en presencia de una clasificación de los terrenos como suelo rústico y de una calificación como suelo rústico de carácter forestal. Como luego veremos al examinar el motivo relativo a la consistencia de la motivación de la revisión, lo cierto es que tal decisión se adopta –sin perjuicio de lo que viniera manteniendo durante la tramitación de la misma– porque dicho sector tiene ‘un carácter vocacionalmente rústico urbanísticamente’, que la sentencia deduce –fundamentalmente– de los informe técnicos del Área de Urbanismo y de la Gerencia de Urbanismo del propio Ayuntamiento. Por ello, como la sentencia señala, la desclasificación se encuentra justificada ‘por tratarse de un suelo urbanizable periférico, discontinuo del resto de la trama urbana y que no se encontraba en dicho momento ejecutado [...] teniendo en cuenta además la saturación urbanística existente.

“Tratándose, pues, el de autos, de suelo que motivadamente cuenta con la consideración de rústico forestal, debemos rechazar cualquier pretensión de discrecionalidad en su concreción urbanística y, en consecuencia, rechazar el motivo planteado.”

En el segundo motivo la vulneración se plantea del mismo artículo 41 de la LS1976 juntamente con el 132 del RPU al no haberse ordenado –dado el carácter substancial de la modificación– la nueva sumisión a información pública.

El motivo se desestima de acuerdo con lo siguiente:

“La entidad de la desclasificación operada en el suelo urbanizable no programado no alcanza –en comparación con la totalidad del PGOU– unos parámetros objetivos suficientes para proceder a la nueva publicidad que se pretende, pues, desde la perspectiva de conjunto, el diseño ordenador del Plan no ha cambiado substancialmente pese a la justificada desclasificación operada. [...] la alteración producida –en el momento de la aprobación definitiva– no ha contado con un carácter generalizado, tanto desde una perspectiva cuantitativa (en relación con la concreta afectación de terrenos) como cualitativa, lo cual

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 5246/2004

FECHA: 30 de julio de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Entidad mercantil

DEMANDADO: Consejo Insular de Mallorca y Ayuntamiento de Palma de Mallorca

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 41 de la LS1976, 54 de la LRJPAC y 41 y 44 de la LRSV1998

DOCTRINA: No infringe el principio de autonomía local la clasificación, directamente por el órgano que aprueba definitivamente el planeamiento general, de un suelo como no urbanizable “rústico de carácter forestal”, en contra de lo previsto por el proyecto aprobado provisionalmente por el municipio, porque no se ejerce una potestad discrecional. La clasificación de un suelo como no urbanizable “rústico de carácter forestal”, directamente por el órgano que aprueba definitivamente el planeamiento general, no comporta una modificación sustancial que obligue a repetir la información pública salvo que desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, conlleve transformaciones que, por su entidad, relevancia y características, hayan desnaturalizado el modelo inicialmente previsto. No desnaturaliza el modelo ralentizar el considerable incremento poblacional inicialmente previsto para la ciudad.

La clasificación de un suelo como no urbanizable “rústico de carácter forestal”, directamente por el órgano que aprueba definitivamente el planeamiento general, está suficientemente motivada aunque se trate de un cambio llevado a cabo en el último instante de la tramitación de la revisión del plan, si tal cambio se ajusta a unos determinados criterios –acordes con el principio general de reducción de los excesivos terrenos urbanizables–, y si éstos se explicitan en el acuerdo de aprobación definitiva.

Es una doctrina jurisprudencial pacífica y constante, durante la vigencia de la LS1976, LS1992 y LRSV1998 (la LS2008 ha cambiado el marco normativo), la que establece que sólo cabe la indemnización por alteración del planeamiento antes de finalizar los plazos para su ejecución, si no se ha patrimonializado el aprovechamiento mediante el cumplimiento de los deberes legales exigidos para hacerlo.

conduce a considerarla, por la ‘naturaleza’ y entidad de los cambios producidos como no substancial; entre lo inicialmente dise-

ñado para la ciudad de Palma de Mallorca y lo definitivamente aprobado no se han producido unas transformaciones que, por su entidad, relevancia y características, hayan desnaturalizado el modelo inicialmente previsto, pues simplemente se ha ralentizado el considerable incremento poblacional inicialmente previsto para la ciudad, tomado en consideración en función de tratarse del municipio más poblado de la isla de Mallorca.”

El Tribunal Supremo también desestima el tercer motivo de casación, en el que se alega la infracción del artículo 54 de la LRJPAC. En síntesis, se rechaza la motivación que en la sentencia se contiene para justificar la nueva clasificación y calificación de los terrenos como rústicos forestales.

El Tribunal Supremo lo desestima sobre la base de:

“En definitiva hemos exigido ‘que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita’ (STC 26/1997, de 11 de febrero [RTC 1997, 26], F 4; 104/2002, de 6 de mayo [RTC 2002, 104], F 3, y 236/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002, 236], F 5).

“Sin embargo, como señala la STC 301/2000 de 13 de noviembre (RTC 2000, 301), ‘el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla’.

“[...]

“Pues bien, tampoco desde la anterior perspectiva de la ausencia de motivación de las argumentaciones de la sentencia puede prosperar el recurso de casación. Baste señalar como en el fundamento quinto se deja constancia de las afirmaciones contenidas en los informes emitidos en los autos por los propios técnicos del Ayuntamiento de Palma de Mallorca; en síntesis, los indicados informes vienen a confirmar que el acuerdo aprobatorio de la revisión contaba con justificación técnica más que suficiente para proceder a la desclasificación de los terrenos que nos ocupan como urbanizables programados. Si bien se observa, en el curso del debate de los órganos que procedieron a la aprobación definitiva de la revisión se establecieron y aprobaron una serie de criterios que se correspondían con la realidad física de los terrenos de la entidad recurrente, criterios en modo alguno discutidos ni en cuanto a su procedencia ni en cuanto a su correcta aplicación a los terrenos de autos. Por ello, debe aceptarse que tanto en el momento del acuerdo aprobatorio de la revisión, como en la propia sentencia de instancia, la motivación ha existido y, lo que es más significativo, que tal motivación y los criterios técnicos que la representan han acreditado el carácter vocacionalmente rústico de los terrenos.

“Pudo tratarse, sin duda, de un cambio llevado a cabo en el último instante de la tramitación de la revisión del Plan, pero tal cambio se ajustó a unos determinados criterios –acordes con el principio general de reducción de los excesivos terrenos urbanizables–, y la sentencia ha motivado suficientemente como los concretos terrenos de autos se ajustan a los mismos para poder ser clasificados como rústicos forestales, por ser, intrínsecamente, este el destino urbanístico de los mismos dada su efectiva y real configuración.”

El cuarto motivo se fundamenta en la infracción de los artículos 41 y 44 de la LRSV1998, al desestimar la sentencia de instancia la pretensión indemnizatoria deducida por la recurrente.

El motivo se desestima. El Tribunal Supremo señala que el supuesto de autos es el contemplado en el artículo 41 de la LRSV,

que se ocupa de los supuestos de indemnización como consecuencia de la alteración del planeamiento, de acuerdo con el cual para que la indemnización resulte procedente resultará preciso que la citada alteración se haya producido (1) “antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución en el ámbito en el que a dichos efectos se encuentre incluido el terreno”, o bien (2) “transcurridos aquellos, si la ejecución no se hubiere llevado a cabo por causas imputables a la Administración”.

El Tribunal Supremo fundamenta su resolución en una doctrina pacífica y constante, durante la vigencia de la LS1976, LS1992 y LRSV1998, que establece que sólo cabe la indemnización si de ha patrimonializado el aprovechamiento mediante el cumplimiento de los deberes legales exigidos para hacerlo. Entre otras, cita la STS de 12 de mayo de 1987 (RJ 1987, 5255), que establece:

“en el suelo urbano y en el urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística [...]. Pues bien, sólo cuando tales deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha ‘ganado’ los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial. No basta, así, el Plan de detalle para atribuir un derecho derivado del destino urbanístico del suelo previsto en aquél. Tal derecho solo se adquiere, sólo se patrimonializa cuando el propietario, cumpliendo sus deberes, ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio.

“[...]

“Por ello, sólo cuando el plan ha llegado a ‘la fase final de realización’ –sentencias de 29 de septiembre de 1980 (RJ 1980, 3463), 14 de junio de 1983 (RJ 1983, 3506), 10 de abril de 1985 (RJ 1985, 2197)– se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido, procediendo así la indemnización prevista en el artículo 87.2, cuyo contenido habría de fijarse en perfecta congruencia con los contenidos de los derechos de los que se ha visto privado el propietario.”

Proyecta esta doctrina en el caso de autos del siguiente modo:

“descendiendo al supuesto de autos –y aceptada, pues, la posibilidad de indemnización como consecuencia de la modificación del planeamiento, de existir aprovechamientos debidamente patrimonializados–, debemos reseñar que la particularidad del supuesto de autos es que la indemnización se solicita tratándose de un suelo inicialmente clasificado de suelo urbanizable programado, y que la modificación del planeamiento ha convertido en suelo rústico forestal; por ello, la indemnización se solicita por la privación de los usos con que se contaba y que por la modificación han desaparecido. Efectivamente, en su actual consideración como suelo rústico el uso dominante de los terrenos sería el forestal, quedando prohibidos todos los usos restantes. La recurrente acepta el retraso en el cumplimiento de los deberes urbanísticos, que centra, en concreto, en el cumplimiento de la obligación de la prestación de la garantía prevista en el artículo 46 del TRLS76, que la recurrente pretende justificar con base en una consulta efectuada el 19 de julio de 1993 acerca de si la citada garantía podía tener naturaleza hipotecaria, que, según se expresa, sólo recibiría respuesta en 1998, cinco años mas tarde. Obviamente tal argumentación –y el tiempo transcurrido– no puede ser de recibo al carecer de consistencia frente a una –en modo alguno acreditada– voluntad de la recurrente de proceder a la ejecución del Plan parcial; se trata, mas bien, de un intento de justificación formal de la interrupción del proceso urbanístico, pero débil y etéreo en la realidad.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara no haber ligar al recurso de casación.

Tribunal Supremo. El Tribunal hace una valoración general de la vigente regulación de las medidas cautelares prevista en la LJCA.

En relación con la petición de suspensión de la ejecución de un sector por el sistema de expropiación prevista en un plan general urbanístico establece que, cuando se pretende la suspensión de un instrumento de ordenación urbanística, se está incidiendo en una disposición de carácter general en que el interés público está más acentuado que si de un alto singular se tratase, y, por tanto, cuenta con mayor entidad frente a los perjuicios que pudieran derivarse de la imposibilidad de desarrollar una promoción privada, cuyos hipotéticos beneficios podrían ser indemnizados por las administraciones actuantes, en el caso de que los mismos resultasen acreditados

SUPUESTO DE HECHO

Una sociedad cooperativa interpone un recurso de casación contra el auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 28 de febrero de 2006, por el que fue desestimado el recurso de súplica formulado contra el anterior auto, de fecha 5 de diciembre de 2005, por el que fue desestimada la solicitud de la medida cautelar consistente en la suspensión del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid adoptado en su sesión de 17 de junio de 2004, por el que se aprobó definitivamente la revisión del Plan general de ordenación urbana de Getafe, en los ámbitos en los que había sido objeto de aplazamiento mediante acuerdo del mismo Consejo de Gobierno de fecha 22 de mayo de 2003.

La cuestión conflictiva se circunscribe a la suspensión de la ejecución de un sector por el sistema de expropiación.

Los citados autos fueron dictados en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada entidad mercantil contra el indicado acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid

Desestimado el recurso por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se formula un recurso de casación y el Tribunal Supremo declara que no ha lugar a este recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sala de instancia denegó la adopción de la medida cautelar de suspensión y contra los autos de denegación se interpone un recurso de casación, en el cual se esgrimen cinco motivos de impugnación.

El Tribunal Supremo, con carácter previo, hace una valoración general de la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (capítulo II del título VI). El régimen legal se integra, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

"1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 de la LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 de la LJCA).

"2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que 'la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso'.

"3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En

ORGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 2433/2006

FECHA: 24 de julio de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Sociedad cooperativa

DEMANDADO: Comunidad Autónoma de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 129 a 136 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa

DOCTRINA: El Tribunal hace una valoración general de la vigente regulación de las medidas cautelares prevista en la LJCA.

En relación con la petición de suspensión de la ejecución de un sector por el sistema de expropiación prevista en un plan general urbanístico establece que, cuando se pretende la suspensión de un instrumento de ordenación urbanística, se está incidiendo en una disposición de carácter general en que el interés público está más acentuado que si de un alto singular se tratase, y, por tanto, cuenta con mayor entidad frente a los perjuicios que pudieran derivarse de la imposibilidad de desarrollar una promoción privada, cuyos hipotéticos beneficios podrían ser indemnizados por las administraciones actuantes, en el caso de que los mismos resultasen acreditados.

concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, 'la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero'.

"4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

"5ª. Como segunda aportación jurisprudencial —y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia— sigue contando con singular relevancia la doctrina

de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

“6ª. Desde una perspectiva procedimental la LJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1 exige para su adopción la ‘previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto’; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación ‘en forma circunstanciada’ de los citados intereses generales o de tercero.

“7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a ‘cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia’.

“8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: la solicitud podrá llevarse a cabo ‘en cualquier estado del proceso’ (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, ‘hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta ley’ (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

“9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse ‘las medidas que sean adecuadas’ para evitar o paliar ‘los perjuicios de cualquier naturaleza’ que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma ‘podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho’ (133.3).”

Los dos primeros motivos son de carácter formal y el Tribunal Supremo los desestima por considerar que las resoluciones recurridas son congruentes y motivadas.

En el tercer motivo se entiende vulnerado el artículo 130.1 de la LJCA en cuanto, según se expresa, concurre el requisito del *periculum in mora*, esto es, que de procederse a la ejecución del acto impugnado –en consecuencia, al desarrollo del sistema de actuación de expropiación en el sector de Los Molinos–, se podría hacer perder la finalidad legítima al recurso, concurriendo causa de nulidad absoluta del expresado sistema de expropiación.

El artículo 130 de la LJCA consagra el llamado *periculum in mora* como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, señala el Tribunal Supremo:

“ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso, si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los tribunales.”

La sala de instancia efectuó la valoración *periculum in mora* y señaló que “la aprobación de los planes implica la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos correspondientes a los fines expropiatorios”, sin advertir “cualquier viso de nulidad de pleno derecho”; y, por

otra parte, en el juicio valorativo que realiza –contraponiendo el anterior criterio con los intereses en conflicto– “la sala de instancia llega a la conclusión de que cuando ‘se pretende la suspensión de un Instrumento de ordenación urbanística, se está incidiendo en una disposición de carácter general en que el interés público está más acentuado que si de un alto singular se tratase’, y, por tanto, cuenta con mayor entidad frente a los perjuicios que pudieran derivarse de la imposibilidad de desarrollar una promoción privada, cuyos hipotéticos beneficios podrían ser indemnizados por las administraciones actuantes, en el caso de que los mismos resultasen acreditados, sin que lo hayan sido hasta el momento actual”.

Estos motivos son ratificados por el Tribunal Supremo para desestimar el motivo de casación.

En el cuarto motivo –en el que se considera vulnerado el apartado 2 del artículo 130 de la LJCA–, se expone que las administraciones demandadas, y, en concreto, la de la Comunidad Autónoma de Madrid, no han acreditado la existencia de una perturbación grave para los intereses generales de haberse procedido a la suspensión del objeto del recurso contencioso-administrativo.

El Tribunal Supremo confirma la ponderación de intereses de la sala de instancia:

“intereses públicos implícitos en el planeamiento aprobado y en el sistema de actuación elegido, habiendo optado por la prevalencia de los intereses generales (que implican el mantenimiento de la legalidad urbanística) frente a los denominados intereses privados de la cooperativa recurrente y frente a la argumentación de que el recurso por la misma formulado pudiera perder su finalidad, de consumarse el desarrollo urbanístico previsto en la revisión del Plan general de ordenación urbana que se impugna.”

En el quinto y último motivo la vulneración se predica del citado artículo 130.1 de la LJCA, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución española, que conecta con el principio de la apariencia de buen derecho, derivado de la existencia de causas de nulidad de pleno derecho relacionadas con el sistema de expropiación adoptado, en cuanto reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías.

El Tribunal Supremo lo desestima también con la siguiente argumentación:

“Desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial del *fumus boni iuris* debe simplemente destacarse que, la valoración, provisional y limitada, de los fundamentos de la pretensión articulada por la recurrente, llevada a cabo por la Sala de instancia no ha sido realizada con vulneración del artículo 24 de la Constitución española por cuanto para la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* por la citada sala de instancia se prejuzgan una serie de actuaciones de fondo –de las que se pretende deducir una causa de nulidad de pleno derecho– sin que tal acercamiento a la expresada cuestión de fondo implique un examen anticipado del fondo del asunto, lo cual hubiera resulta inviable en la pieza de medidas cautelares. La aplicación de tal doctrina ha contado, pues, con las exigencias de provisionalidad y examen limitado del conflicto suscitado, que nos obligan a conformar tal actuación rechazado también este último motivo.”

El Tribunal Supremo, por todo ello, declara no ha lugar al recurso.

Tribunal Supremo. Las técnicas tradicionales del control de la actividad discrecional –los presupuestos de hecho, los elementos reglados (extensión de la potestad, la competencia, el procedimiento y el contenido parcialmente reglado, en su caso), la desviación de poder, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del Derecho–, moduladas en el ámbito sectorial del urbanismo, se concretan en la fijación de los hechos determinantes de la decisión, mediante la adecuación de la decisión adoptada con la realidad en conexión lógica con aquellos; en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que proscribire las conclusiones caprichosas, arbitrarias, absurdas, ilógicas o irrazonables; y, en fin, en la explicación de los motivos que han llevado a tomar la decisión, exteriorizando, mediante la motivación, tales razones –con singular importancia de la Memoria del instrumento de planeamiento–, evidenciando una justificación basada, por tanto, en datos objetivos

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia impugnada desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa contra el acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Barcelona, de 22 de marzo de 2000, que aprueba definitivamente la revisión del Plan general de ordenación de Sant Quirze del Vallès, y la resolución del consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, de 4 de abril de 2000, que estima en parte el recurso de alzada interpuesto contra ese acuerdo.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, pero desestima el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sentencia objeto de recurso resume, en el fundamento de derecho tercero, la tesis sostenida por la parte recurrente en los siguientes términos:

“En el fondo del asunto, la actora, propietaria de unos terrenos que dice antes clasificados como urbanizables, denuncia la arbitrariedad de su nueva clasificación en parte como no urbanizables, lo que no obedecería a la previa realización de un estudio que constatare una realidad física en consonancia con ella, pretendiendo su inclusión dentro del suelo urbano o, subsidiariamente, del urbanizable.”

Tras analizar los requisitos precisos para que la clasificación hubiera sido como suelo urbano, la sentencia recurrida en casación concluye, también en el fundamento tercero, que:

“requisitos que, desde luego, no cumple el suelo de que se trata, ni cabe atribuírselos por el hecho de haber pagado el impuesto sobre bienes inmuebles, a la sola vista de las fotografías incorporadas a la pericial contradictoria practicada en este proceso, careciendo de los servicios mínimos antes indicados, como se constata por el mismo perito.”

Además, se razona, ahora en el fundamento de derecho cuarto, en relación con el suelo urbanizable que:

“En cuanto a lo que deba considerarse como suelo no urbanizable, se establece en el artículo 9 de la propia Ley 6/1998, de 13 de abril, pero, atendida la fecha de la resolución impugnada, habrá de estarse a su redacción originaria, y no a la dada por una disposición posterior y, por tanto, inaplicable temporalmente al caso, como lo fue el Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio. Redacción originaria donde se atribuye tal condición, además de a los terrenos sometidos a algún régimen especial de protección y a los que el planeamiento general considere necesario preservar por sus valores específicos, también a ‘aquellos otros que [el planeamiento] considere inadecuados para un desarrollo urbano’. De forma que, a salvo lo que deba establecerse sobre discrecionalidad administrativa en la materia a partir de la entrada en vigor de aquella reforma, tal posibilidad de que el

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 5417/2004

FECHA: 24 de julio de 2008

PONENTE: Excm. Sra. Pilar Teso Gamella

DEMANDANTE: Entidad mercantil

DEMANDADO: Ayuntamiento de Sant Quirze del Vallès y Generalidad de Cataluña

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 9.2 in fine de la LRSV (Ley 6/1998), en su redacción originaria

DOCTRINA: Es discrecional el juicio de “inadecuación para un desarrollo urbano”, establecido en el artículo 9.2 in fine de la Ley 6/1998 (en su redacción originaria), que debe realizar el panificador para establecer qué terrenos tienen la condición de suelo no urbanizable, además de aquellos otros sometidos a régimen de especial protección o en que concurren determinados valores a preservar. Esa decisión discrecional está sujeta a los límites impuestos por el ordenamiento respecto de los actos de esa naturaleza.

Las técnicas tradicionales del control de la actividad discrecional –los presupuestos de hecho, los elementos reglados (extensión de la potestad, la competencia, el procedimiento y el contenido parcialmente reglado, en su caso), la desviación de poder, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del Derecho–, moduladas en el ámbito sectorial del urbanismo, se concretan en la fijación de los hechos determinantes de la decisión, mediante la adecuación de la decisión adoptada con la realidad en conexión lógica con aquellos; en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que proscribire las conclusiones caprichosas, arbitrarias, absurdas, ilógicas o irrazonables; y, en fin, en la explicación de los motivos que han llevado a tomar la decisión, exteriorizando, mediante la motivación, tales razones –con singular importancia de la Memoria del instrumento de planeamiento–, evidenciando una justificación basada, por tanto, en datos objetivos.

planeamiento pueda considerar inadecuados para el desarrollo urbano determinados terrenos, supone el otorgamiento a la Administración de una potestad discrecional, ampliamente recogida por la jurisprudencia, para determinar, en función del modelo de planeamiento elegido en relación con la satisfacción del interés público perseguido, el concreto suelo susceptible de urbanización y aquel otro que deba preservarse de ser urbanizado. Facultad discrecional que hace inútiles los esfuerzos contenidos en la misma pericial en orden a determinar las características físicas y topográficas y demás requisitos de los terrenos que conforman la finca propiedad de la actora.”

El único motivo del recurso de casación atribuye a la sentencia impugnada la infracción, por aplicación indebida, del artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, en su redacción originaria.

El Tribunal Supremo centra el debate en los siguientes términos:

“La controversia que se suscita en el presente recurso de casación, se limita a determinar la interpretación que deba hacerse del artículo 9.2 *in fine* de la Ley 6/1998, en orden a establecer la naturaleza y el alcance de la expresión ‘así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano’, como criterio para que los terrenos tengan la condición de suelo no urbanizable, además de aquellos otros terrenos sometidos a régimen de especial protección o en que concurran determinados valores a preservar. Dicho de otra forma, se trata de determinar si, como se infiere de la sentencia impugnada, y reiteran las administraciones autonómica y local recurridas, la clasificación del suelo como no urbanizable común es también, en lo relativo a su inadecuación para el desarrollo urbano, una actividad discrecional o, si, por el contrario y como se deduce del escrito de interposición, dicha actividad, tras la entrada en vigor de la Ley 6/1998, no deja margen a una actividad discrecionalidad.”

El Tribunal Supremo señala que el artículo 9 de la Ley 6/1998 distingue entre suelo no urbanizable especialmente protegido y suelo no urbanizable simple o común y hace especial referencia a que:

“la STC 164/2001, de 11 de julio, cuando aborda la constitucionalidad del mentado artículo 9, en el fundamento decimocuarto, distingue entre dos criterios para la clasificación del suelo urbanizable [...] y que el segundo criterio del suelo inadecuado para un desarrollo urbano precisa de un juicio de adecuación en el que pueden intervenir variadas circunstancias.”

El Tribunal Supremo precisa más y establece que:

“desde un punto de vista subjetivo que el juicio de adecuación corresponde ‘al órgano competente para la clasificación’, como destaca la STC 164/200, en el fundamento decimocuarto citado. Y que, desde una vertiente objetiva, la inadecuación puede tener su causa en determinados fines o valores que precisen tal preservación del suelo, así como en la concurrencia de otras circunstancias indeterminadas que, en todo caso, han de resultar idóneas para justificar esa inadecuación [...]. La expresada STC 164/2001 declara, al respecto, que ‘la deficiente adecuación puede traer causa de valores o fines que hagan necesaria la preservación del suelo (el propio artículo 9.2 de la LRSV enuncia los valores agrícola, forestal, ganadero, así como la riqueza natural) o de otras circunstancias. Al planeamiento corresponde establecer, como expresamente dispone el último inciso del precepto cuestionado, los criterios sobre cuándo un terreno es adecuado, o no, para un desarrollo urbano, remitiendo de esta forma la clasificación del suelo al planificador urbanístico’.”

Este juicio sobre la adecuación, señala el Tribunal Supremo, en lo que se refiere al artículo 9.2 *in fine* de la Ley 6/1998, participa de la naturaleza propia de la decisión discrecional y, por

tanto, sujeta a control jurisdiccional por los tradicionales medios de control de este tipo de actividad. De ello concluye que:

“El juicio de ‘inadecuación para un desarrollo urbano’, que corresponde al planificador, comporta, por tanto, una decisión discrecional. Y, recapitulando lo expuesto hasta ahora, la doctrina del Tribunal Constitucional y la propia jurisprudencia de este Tribunal avalan la anterior conclusión, pues los avatares en la modificación del expresado inciso final del artículo 9.2 de tanta cita, responden a la finalidad, en cuanto a su supresión, de restringir el margen de discrecionalidad que su enunciado permite.

“Ahora bien, que la decisión sea discrecional y que, por tanto, no puedan estimarse las razones esgrimidas en el recurso de casación al respecto, no significa que la sentencia recurrida no haya infringido el artículo 9 de la Ley 6/1998. Sucede simplemente que la sentencia efectivamente no vulnera el citado precepto cuando considera que tal decisión es discrecional, pero transgrede los límites que permite su interpretación cuando se muestra desdeñosa con la necesidad de justificación, y de motivación, de los hechos y circunstancias que determinan la clasificación como no urbanizable por inadecuación con el desarrollo urbano.

“Recordemos que la sentencia declara que la ‘facultad discrecional que hace inútiles los esfuerzos contenidos en la misma pericial en orden a determinar las características físicas y topográficas y demás requisitos de los terrenos que conforman la finca propiedad de la actora’.

“Esta sala considera que el tribunal *a quo* ha rebasado los límites de la discrecionalidad que establece el artículo 9.2, inciso final, de tanta cita, al considerar inútil, estéril, o simplemente superfluo, el resultado de la prueba tendente a acreditar o justificar los hechos que explican las razones de la decisión urbanística adoptada por el planificador. Esta cuestión supone tanto como prescindir de los lindes precisos en el control de la discrecionalidad administrativa, en general, como de la urbanística, en particular, desbordando los presupuestos sobre los que se asienta.

“La extensión concedida a la decisión discrecional, en los términos expuestos, supone una infracción del citado artículo 9.2 *in fine* de la Ley 6/1998, que determina que haya lugar al recurso de casación, por lo que debemos analizar, *ex* artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional la cuestión suscitada en la instancia respecto de la naturaleza de la clasificación del suelo impugnada.”

El Tribunal Supremo una vez estimado el recurso de casación resuelve sobre el recurso contencioso-administrativo, y para ello razona del siguiente modo:

“Si, como hemos señalado, el juicio de adecuación previsto en el inciso final del artículo 9.2 de la Ley 6/1998 es discrecional, pero sujeto a unos límites impuestos en virtud del control propio de los actos de esta naturaleza, nos corresponde ahora abordar si dicha frontera ha sido, o no, transgredida en este caso.

“Ciertamente las técnicas tradicionales del control de la actividad discrecional —los presupuestos de hecho, los elementos reglados (extensión de la potestad, la competencia, el procedimiento y el contenido parcialmente reglado, en su caso), la desviación de poder, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del Derecho—, moduladas en el ámbito sectorial del urbanismo, se concretan en la fijación de los hechos determinantes de la decisión, mediante la adecuación de la decisión adoptada con la realidad en conexión lógica con aquellos; en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que proscribía las conclusiones caprichosas, arbitrarias, absurdas, ilógicas o irrazonables; y, en fin, en la explicación de los motivos que han llevado a tomar la decisión, exteriorizando, mediante la motivación, tales razones —con singular importancia de la memoria del instrumento de planeamiento—

to-; evidenciando una justificación basada, por tanto, en datos objetivos.

“Acorde con el control de toda la actividad administrativa, que establece el artículo 106.1 de la de la CE, adaptada a la decisión discrecional según los medios antes expuestos, debemos determinar si la decisión del planificador sobre la clasificación del suelo no urbanizable, por inadecuación con el desarrollo urbano, ha sido debidamente justificada.

“Como advertencia preliminar debemos señalar que en el recurso contencioso-administrativo la recurrente enfatizaba en el carácter urbano de los terrenos y ahora en casación se apuesta por su carácter urbanizable.

“La justificación de las circunstancias que han llevado al planificador urbanístico a clasificar el suelo como no urbanizable por inadecuación, se contienen en la propia memoria, concretamente en los folios 231 y siguientes, según reconoce la propia parte recurrente, cuando señala, en el desarrollo de su motivo casacional, que en la citada memoria se alude a los objetivos prioritarios de la unidad del paisaje, mediante la conservación de los valores ecológicos, forestales y agrícolas, si bien formula queja sobre la no existencia de un informe técnico al respecto.

“El contenido de la memoria unido a las características de los terrenos, ubicados en una zona frondosa y boscosa, cuyo valor paisajístico se pone de manifiesto en las fotografías que constan la prueba practicada, revelan que concurre una justificación razonable en la toma de decisiones. Máxime si tenemos en cuenta que en los terrenos se incluyen los márgenes de una ribera.

Estas circunstancias, junto a la prueba pericial practicada en el recurso contencioso-administrativo, que no desvirtúa ni compromete tal justificación, revela que la decisión del planificador urbanístico se asienta sobre hechos enlazados de forma lógica, que se exteriorizan en la memoria, como reconoce la recurrente y que no precisa necesariamente de una prueba técnica complementaria. Se razona de modo trabado la concurrencia de las circunstancias sobre las que se asienta. Y, en fin, se pone de manifiesto que no se trata de una decisión arbitraria, por absurda o irrazonable.

“En consecuencia, ha lugar al recurso de casación y procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo.”

Por ello, resuelve que ha lugar al recurso de casación, casa y anula la sentencia recurrida y, en su lugar, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Tribunal Supremo. Los centros comerciales tienen la condición de equipamiento urbanístico. Los grandes establecimientos comerciales han de incorporar, entre sus equipamientos, una instalación, al menos, para el suministro de productos petrolíferos a vehículos.

Las salas de cine o multicines, sin perjuicio de su naturaleza comercial y lucrativa, deben considerarse como un uso dotacional de acuerdo con lo establecido en la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, dictó, con fecha 5 de abril de 2004, la sentencia que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa mercantil Estación de Servicio Sonsoles, SL contra el acuerdo de aprobación definitiva del Plan parcial “Cerámica” ARUP 1/4, de fecha 27 de julio de 2002, del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Ávila, declarando la nulidad de dicho acuerdo.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Ávila y por la entidad mercantil Supermercados Sabeco, SA contra la sentencia indicada y desestima el recurso contencioso-administrativo, sobre aprobación definitiva del plan parcial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo establece que tanto el segundo motivo de casación del Ayuntamiento recurrente como el tercero de la entidad mercantil deben prosperar porque, en contra de lo declarado por el tribunal *a quo* en los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de su sentencia, “no sólo los centros comerciales tienen la condición de equipamiento urbanístico sino que los grandes establecimientos comerciales han de incorporar, entre sus equipamientos, una instalación, al menos, para el suministro de productos petrolíferos a vehículos, mientras que los multicines también deben considerarse como dotaciones”.

El Tribunal Supremo fundamenta la anterior afirmación en lo siguiente:

“el artículo 3 del Real decreto ley 6/2000, de 23 de junio, bajo el epígrafe ‘Instalaciones de suministro a vehículos en grandes establecimientos comerciales’, dispone que ‘1. Los establecimientos que, de acuerdo con el artículo 2.3 de la Ley 7/1996, de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 5440/2004

FECHA: 16 de julio de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDANTE: Empresa que explota una estación de servicio de combustibles

DEMANDADO: Ayuntamiento de Ávila y empresa de distribución

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 3 del Real decreto ley 6/2000, de 23 de junio; artículo 6.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y exposición de motivos de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual

DOCTRINA: Los centros comerciales tienen la condición de equipamiento urbanístico. Los grandes establecimientos comerciales han de incorporar, entre sus equipamientos, una instalación, al menos, para el suministro de productos petrolíferos a vehículos. Las salas de cine o multicines, sin perjuicio de su naturaleza comercial y lucrativa, deben considerarse como un uso dotacional de acuerdo con lo establecido en la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual.

15 de enero, de ordenación del comercio minorista, tengan la consideración de gran establecimiento comercial, incorporarán entre sus equipamientos, al menos, una instalación para suministro de productos petrolíferos a vehículos, para cuyo abastecimiento, con carácter preferente, no podrán celebrar contratos de suministro en exclusiva con un solo operador al por mayor de productos petrolíferos. Estas instalaciones deberán cumplir las condiciones técnicas de seguridad que sean exigibles, así como el resto de la normativa vigente que, en cada caso, sea de aplicación, en especial la referente a metrología y metrotecnica y a la protección de consumidores y usuarios. 2. En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, el otorgamiento de las licencias municipales requeridas por el establecimiento llevará implícita la concesión de las que fueran necesarias para la instalación de suministro de productos petrolíferos’.

“Resulta evidente, por tanto, que, en contra de lo declarado por la sala de instancia en el fundamento jurídico octavo de la sentencia recurrida, al contemplarse un uso compatible comercial mediante la ubicación de un hipermercado, se viene a permitir, por imperativo del transcrito precepto, el uso compatible terciario de suministro de hidrocarburos.”

Añade en el análisis de la legislación aplicable que:

“conforme a lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, el equipamiento comercial constituye una dotación de una zona determinada, lo que se corrobora también por los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de comercio de Castilla y León, que atribuyen el carácter de equipamiento a los grandes establecimientos comerciales, e igualmente el artículo 38.1.d) de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León, considera equipamientos el sistema de construcciones, instalaciones y espacios asociados destinados a la prestación de servicios comerciales.

“Por otro lado, el artículo 2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, considera el suministro de hidrocarburos como una actividad de interés económico general, lo que debe tener relevancia y significado para atribuirle la naturaleza de equipamiento urbanístico.”

La última cuestión hace referencia a si las salas de cine o multicines tienen naturaleza dotacional, respecto a lo cual el Tribunal Supremo concluye que:

“Finalmente, las salas de cine o multicines, a los que la sentencia recurrida niega la condición de dotaciones debido a su

naturaleza comercial y lucrativa, deben considerarse también como un uso dotacional de acuerdo con lo establecido en la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual, en cuya exposición de motivos se declara que ‘es obligación de los poderes públicos velar por la conservación de las obras cinematográficas y audiovisuales y crear cauces o incentivos para que su desarrollo sea posible, teniendo además en cuenta la singularidad actual de los recursos económicos y el entramado complejo de distribución que precisan estas obras’, mientras que la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 12 de febrero de 2001 ha reconocido que ‘la industria audiovisual constituye una industria cultural por excelencia, y que el objetivo de la diversidad cultural supone un tejido industrial que permita satisfacer dicho objetivo’.”

De todo ello concluye que:

“En resumen, no acierta la sala sentenciadora al estimar el recurso contencioso-administrativo deducido por la entidad demandante, ahora recurrida, por considerar que el hipermercado y los multicines no tienen el carácter de equipamiento a efectos urbanísticos y que el planeamiento, al contemplar la ubicación del aludido gran centro comercial, no autoriza el uso compatible terciario de servicio de combustible, por lo que la sentencia recurrida debe ser anulada, si bien, al resolver nosotros lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95.2.d) de la Ley de esta jurisdicción, debemos declarar desestimable el recurso contencioso-administrativo deducido por la representación procesal de la entidad mercantil demandante por las razones que hemos dejado expuestas al estimar los motivos de casación aducidos por los recurrentes y por las expresadas por la sala de instancia en los fundamentos jurídicos quinto, sexto y noveno de la sentencia recurrida, que hemos transcrito en los antecedentes de esta nuestra y que tenemos por reproducidas, al entender nosotros que el Plan parcial impugnado es ajustado a Derecho.”

El Tribunal Supremo declara que ha lugar al recurso de casación, anula la sentencia de instancia y desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad mercantil Estación de Servicio Sonsoles, SL contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ávila, de fecha 27 de junio de 2002, por el que se aprobó definitivamente el Plan parcial ARUP 1/4 “Cerámica”.

Tribunal Supremo. Régimen jurídico de la acción pública en asuntos medioambientales cuando concurre interés legítimo y con independencia de éste

SUPUESTO DE HECHO

La asociación GECEN (Grupo para el Estudio y Conservación de los Espacios Naturales) formuló un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra:

a) La Resolución del secretario general de Transporte del Ministerio de Fomento, de fecha 7 de julio de 2006, por la que fueron inadmitidos sendos recursos de alzada deducidos por la propia recurrente contra dos anteriores resoluciones de la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Fomento, de fecha 2 de febrero de 2006, por las que se cierra la información reservada sobre cumplimiento del condicionado medioambiental del Aeropuerto de Castellón.

b) La desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada por la misma recurrente formulado contra la Resolución de 3 de noviembre de 2005 del director general de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación 905/2007

FECHA: 25 de junio de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: GECEN (Grupo para el Estudio y Conservación de los Espacios Naturales)

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 19.1.a) y b) de la LJCA, en relación con el artículo 7.3 de la LOPJ y 24.1 de la CE; artículos 22 y 23 de la Ley 27/2006; Directiva 2003/4/CEE, y Convenio de Aarhus –ratifi-

Fomento, por la que fue desestimada la denuncia formulada por la recurrente por incumplimiento de la declaración de impacto ambiental del Aeropuerto de Castellón y apertura de procedimiento sancionador.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó un auto por el que declaró la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación y desestimó el recurso de súplica interpuesto contra el auto que declaró la inadmisibilidad.

La asociación GECEN interpuso un recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, revoca los autos recurridos y ordena la continuación del recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La argumentación de la declaración de inadmisibilidad, formulada por auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, fue la siguiente:

a) Con cita de la doctrina contenida en la STS de 1 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7031), se señala que:

“resulta notorio que la parte actora carece de interés directo para la impugnación de lo resuelto sobre cumplimentación de condicionado medioambiental y sobre declaración de impacto ambiental. Lo único que puede tener la parte actora es un mero interés por la legalidad que a ella no le corresponde defender. Redunda en esta idea el que no existe ‘acción popular’ en el ámbito ecológico, salvo en los aspectos relativos al urbanismo y que, para las cuestiones atmosféricas lo más que se permite es el derecho de denuncia previsto en el artículo 16 del Decreto 833/1975, de 9 de junio.

“La cláusula genérica del artículo 19.1.b) de la LJCA, se refiere a ‘asociaciones [...] que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos’, cualidad que no concurre en la entidad actora. La recurrente no resulta afectada por la resolución que aquí nos ocupa y, por otro lado, tampoco está legalmente habilitada para la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos (como podría estarlo una asociación de consumidores inscrita en el MSC, o un sindicato).”

b) Con cita de la doctrina contenida en las STS de 11 de junio de 1999 y 19 de mayo de 2000, se añade que:

“a la recurrente no puede tenerse por legitimada activamente por el mero hecho de que en sus estatutos figure como finalidad principal el estudio y conservación de los espacios naturales de la localidad de Cabanes, pues ello permitiría una legitimación abierta en exceso, para la que bastaría con crear una sociedad o asociación en tal sentido. Quiere con ello destacarse que para que pueda tenerse por legitimada a la recurrente se precisa algo más que el que la misma se autoatribuya en sus estatutos la defensa de determinados intereses: debe resultar afectada, en los términos antes expuestos, por las resoluciones que impugna; o bien debe estar legal y expresamente habilitada en tal sentido.”

c) Con cita de las STS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3267), y 31 de mayo (RJ 2006, 3055) y 7 de julio de 2006:

“[se] deja claro que una cosa es la legitimación procedente de los intereses directos y otra la que dimana de intereses colectivos o de intereses difusos, pero siempre ajena a la que procede de la acción popular no admitida, para casos como el que aquí nos ocupa.

“En definitiva, para que la entidad actora ostente legitimación en el caso que nos ocupa, se requiere que o bien resulte beneficiada o perjudicada de manera cierta con la resolución que impugna (lo que no sucede, como se ha dicho); o bien que esté legalmente habilitada para la defensa de intereses colectivos, lo que no concurre al margen de lo que digan sus propios estatutos. Es decir, que la actora no puede ostentar legitimación acti-

cado por España el 15 diciembre de 2004 y que entró en vigor el 31 de marzo de 2005

DOCTRINA: La especial y decidida protección del medio ambiente por parte del artículo 45 de la Constitución española, y el carácter amplio, difuso y colectivo de los intereses y beneficios que con su protección se reportan a la misma sociedad –como utilidad substancial para la misma en su conjunto–, obligan a configurar un ámbito de legitimación en esta materia, en el que las asociaciones que no actúan movidas exclusivamente por la defensa de la legalidad sino por la defensa de unos cualificados o específicos intereses medioambientales están investidas de un especial interés legítimo colectivo, que les dota de legitimación, en el marco de legitimación permitido por el artículo 19.1.b) de la LJCA. El denominado Convenio de Aarhus (esto es, el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente) se asienta sobre tres pilares: el pilar de acceso a la información medioambiental, compuesto por dos partes diferenciadas: el derecho a buscar y obtener información en poder de las autoridades públicas, y, por otra parte, el derecho a recibir información relevante por parte de las citadas autoridades; el pilar de la participación del público en el proceso de toma de decisiones, que cuenta con tres ámbitos de actuación: la autorización de determinadas autoridades, la aprobación de planes y programas, y la elaboración de disposiciones de carácter general de rango legal o reglamentario, y el pilar constituido por el derecho de acceso a la justicia, que pretende, obviamente, garantizar la revisión jurisdiccional de las decisiones que hayan podido violar los derechos reconocidos por el propio Convenio en materia medioambiental.

En relación con las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el Derecho interno, el artículo 9.2 del Convenio Aarhus impone a las legislaciones nacionales que los integrantes del mismo puedan interponer un recurso ante un órgano judicial para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que entre en el ámbito de las disposiciones medioambientales del artículo 6 del propio Convenio.

va por la letra a) ni por la b) del artículo 19.1 de la LJCA (RCL 1998, 1741); ni tampoco por la h), al no encontrarnos en el presente caso con la posibilidad de acción popular. Lo expuesto, obliga a declarar la inadmisión del recurso ante la falta de legitimación de la asociación actora.”

Y, por último, con cita de las STS de 10 de mayo, 23 de junio (RJ 1997, 5267) y 12 (RJ 1997, 6929) y 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6934) se concluye señalando que:

“aunque hubiera tenido legitimación en las materias examinadas (que ya hemos visto que no la tiene), tampoco la tendría en lo que se refiere a materia sancionadora, por cuanto, como también tiene dicho repetidamente este Tribunal (por ejemplo en sentencias de 7 de mayo, 15 de julio de 1998, 9 de enero de 2004, entre otras muchas más), debe distinguirse entre la legitimación para presentar un recurso administrativo y la legitimación para ser parte en un proceso judicial. Aunque se tenga legitimación para denunciar y, en su caso, recurrir administrativamente, ello no quiere decir que se tenga legitimación procesal para actuar ante la jurisdicción contencioso-administrativa.”

En el primer motivo del recurso de casación se consideran infringidos los artículos 19.1.a) y b) de la LJCA, en relación con los artículos 7.3 de la LOPJ y 24.1 de la CE. En el segundo se consideran infringidos los artículos 22 y 23 de la Ley 27/2006, la Directiva 2003/4/CEE y el Convenio de Aarhus –ratificado por España el 15 diciembre de 2004 y que entró en vigor el 31 de marzo de 2005–, en cuanto prevén una acción pública en asuntos medioambientales con independencia del interés legítimo. El tercero considera infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que se citan.

El Tribunal Supremo advierte que la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, no se encontraba en vigor (entró en fecha de 20 de julio de 2006) cuando se dictaron los actos impugnados (teniendo además en cuenta que su título IV y su disposición adicional primera –que afectan a esta materia– no entrarían en vigor hasta el 20 de octubre siguiente).

Por ello, tiene una especial consideración que el Tribunal Supremo considere vulnerado directamente el artículo 19 de la LJCA y estime los motivos primero y tercero. La fundamentación jurídica es como sigue:

“la especial y decidida protección del medio ambiente por parte del artículo 45 de la Constitución española, y el carácter amplio, difuso y colectivo de los intereses y beneficios que con su protección se reportan a la misma sociedad –como utilidad substancial para la misma en su conjunto–, nos obliga a configurar un ámbito de legitimación en esta materia, en el que las asociaciones como la recurrente debemos considerarlas como investidas de un especial interés legítimo colectivo, que nos deben conducir a entender que las mismas, con la impugnación de decisiones medioambientales como las de autos, no están ejerciendo exclusivamente una defensa de la legalidad vigente, sino que están actuando en defensa de unos intereses colectivos que quedan afectados por el carácter positivo o negativo de la decisión administrativa que se impugna, tal y como ocurre en el supuesto de autos, en el que, en síntesis, lo que se pretende es la comprobación del cumplimiento del condicionado medioambiental impuesto en la construcción del Aeropuerto de Castellón o el desarrollo de su evaluación ambiental.

“[...]

“la especial significación constitucional del medio ambiente amplía, sin duda, el marco de legitimación de las asociaciones como la recurrente, las cuales no actúan movidas exclusivamente por la defensa de la legalidad sino por la defensa de unos cualificados o específicos intereses que repercuten en la misma, y, con ella, en toda la sociedad a quien también el precepto constitucional le impone la obligación de la conservación de los mismos. La recurrente, pues, al impugnar los actos frente a los que se dirigieron las pretensiones objeto del presente recurso, actuó –al hacerlo con la finalidad con que lo hizo– debidamente legitimada y en el marco de legitimación permitido por el artículo 19.1.b) de la LJCA, que hemos de considerar infringido.”

En cuanto al segundo de los motivos, el Tribunal Supremo considera infringido el Convenio de Aarhus, en su condición de

tratado internacional, y de conformidad con el artículo 96 de la Constitución española, que fue ratificado por España el 15 de diciembre de 2004 y que entró en vigor el 31 de marzo de 2005 –esto es, con anterioridad a la formulación del recurso contencioso-administrativo.

Razona lo siguiente:

“al margen de soporte constitucional, ha sido, sin ningún género de dudas, en el ámbito internacional y comunitario europeo donde los diversos textos legales y convencionales aprobados, han puesto de manifiesto la necesidad de la transparencia en el ámbito del medio ambiente y la necesidad de ampliar la participación ciudadana en el mismo a través de diversas técnicas.

“De entre estos textos debe destacarse, por las consecuencias que de él se han derivado en el ámbito comunitario europeo y en el interno español, el denominado Convenio de Aarhus, esto es el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, convenio hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 30 de octubre de 2001, y que se asienta sobre tres conocidos pilares:

“a) El pilar de acceso a la información medioambiental, compuesto por dos partes diferenciadas: el derecho a buscar y obtener información en poder de las autoridades públicas, y, por otra parte, el derecho a recibir información relevante por parte de las citadas autoridades.

“b) El pilar de la participación del público en el proceso de toma de decisiones, que cuenta con tres ámbitos de actuación: la autorización de determinadas autoridades, la aprobación de planes y programas, y la elaboración de disposiciones de carácter general de rango legal o reglamentario.

“c) Por último, el tercer pilar está constituido por el derecho de acceso a la justicia, que pretendiendo, obviamente, garantizar la revisión jurisdiccional de las decisiones que hayan podido violar los derechos reconocidos por el propio Convenio en materia medioambiental, asegura, así, y fortalece la tutela judicial, la efectividad de los derechos reconocidos por el Convenio de Aarhus y la propia ejecución del mismo.

“En el Convenio se regula, luego, de forma pormenorizada, el acceso a la información sobre el medio ambiente (artículo 4), [...] pero, sobre todo, debemos destacar como, desde un perspectiva jurisdiccional se impone –artículo 9.1– a las legislaciones nacionales la obligación de permitir a (1) toda persona que estime que su solicitud de información no ha sido atendida, o (2) que ha sido rechazada ilícitamente en todo o en parte, o (3) que no ha recibido una respuesta suficiente, o (4), en fin, que no ha recibido en tratamiento previsto en el artículo 4 de dicho Convenio ‘la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley’ mediante el ‘acceso a un procedimiento rápido establecido por la Ley que sea gratuito o poco oneroso’.

“Y, por lo que aquí interesa, en el apartado 2 del mismo artículo 9, en relación con el 2.5 del mismo Convenio, se concreta el concepto de ‘público interesado’, considerando por tal ‘el público que resulta o puede resultar afectado por las decisiones adoptadas en materia medioambiental o que tiene un interés que invocar en la toma de decisiones’, añadiéndose que ‘a los efectos de la presente definición, se considerará que tienen tal interés las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno’.

Pues bien, en relación con tal ‘público interesado’ –con el ámbito expresado– el artículo 9.2 del Convenio impone a las legislaciones nacionales que los integrantes del mismo puedan

‘interponer recurso ante un órgano judicial [...] para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que entre en el ámbito de las disposiciones del artículo 6’, considerando que las organizaciones no gubernamentales contempladas en el citado artículo 2.5 cuentan con interés suficiente y pueden entender lesionados los derechos a los efectos de poder impugnar la legalidad de las decisiones u omisiones medioambientales.

“Al haberse negado la legitimación a la asociación recurrente, deben considerar infringido el citado artículo 9, en relación con el 2.5, del Convenio de Aarhus.”

Es significativo que el Tribunal Supremo entienda aplicable al recurso de casación la Ley 27/2006 a pesar de no estar en vigor cuando se dictaron las resoluciones recurridas, pero sí estarlo en el momento en que se dictan los actos recurridos:

“Hemos de añadir que el mismo Convenio –como hemos expuesto– fue transpuesto al derecho interno español, junto con las normas europeas que luego reseñaremos, a través de la Ley 27/2006, de 18 de julio, que no se encontraba en vigor (pues entró en fecha de 20 de julio de 2006) cuando se dictaron los actos impugnados (teniendo, además en cuenta que su título IV y disposición adicional primera –que afectan a esta materia– no entrarían en vigor hasta el 20 de octubre siguiente), pero sí lo estaban cuando se dictaron los autos que ahora se impugnan. Luego la vulneración ha de proclamarse no solo del artículo 9 del Convenio de Aarhus, sino también del artículo 23 de la citada Ley 27/2006, de 18 de julio.”

Por todo ello, Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, revoca los autos recurridos y ordena la continuación del recurso contencioso-administrativo.

Tribunal Supremo. En relación con la potestad de la Administración pública para requerir al copropietario o comunero que considere oportuno y no a todos ellos, la doctrina civilista es clara al establecer que en la situación en que un copropietario o la comunidad es demandada, puede plantearse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Esta doctrina es de plena aplicación con los debidos matices al procedimiento administrativo, ya que también es obligado para la Administración entender los procedimientos con todos los interesados necesarios conocidos, entre los que están los que sean titulares de derechos que pudieran resultar afectados por el acto [artículo 31.1.b) de la LPAC]. Esta obligación, que no tiene trascendencia anulatoria cuando se trata de un simple requerimiento, sí alcanza eficacia invalidante cuando se pretende pasar a imponer la ejecución sustitutoria de la Administración, imponiendo las cargas económicas derivadas de la misma al único copropietario requerido. Y ello por cuanto dicho copropietario no puede por sí solo realizar las obras o actuaciones exigidas (artículo 397 del Código Civil)

SUPUESTO DE HECHO

El concejal delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Níjar dictó un decreto el 24 de mayo de 2001 por el que se dispone la ejecución forzosa por los servicios técnicos municipales de las obras necesarias para el restablecimiento de la seguridad de un inmueble, por incumplimiento por su propietario de un decreto anterior de 4 de enero de 2001, que ordenaba la realización de obras de limpieza y reparación, de conformidad con el informe técnico municipal adjunto. En el decreto de 24 de mayo de 2001 se practica la liquidación al propietario por el importe de los gastos, daños y perjuicios que pudieran ocasionarse.

Contra ambos decretos se formula un recurso contencioso-administrativo, que el juez en primera instancia sólo estima parcialmente (no anula el Decreto de 4 de enero de 2001), mediante sentencia que es revocada, a su vez, en apelación por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 30 de diciembre de 2004. Esta sentencia anula el Decreto de 24 de mayo de 2001 por ser contrario a Derecho e incurrir en desviación de poder. Esta sentencia es recurrida mediante casación en interés de ley.

El Ayuntamiento de Níjar entiende que la interpretación de la sentencia es incorrecta en relación con la situación de copropiedad y su trascendencia en cuanto a los requerimientos de la Administración urbanística para cumplir los deberes de mantener los inmuebles en condiciones de seguridad, salubridad y ornato. A su vez, considera que no concurre desviación de poder. En base a ello, formula recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación en interés de la ley 32/2005

FECHA: 10 de junio de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDANTE: Propietario de un inmueble

DEMANDADO: Ayuntamiento de Níjar

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 245 de Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, en relación con la Ley andaluza 1/1997, y artículo 19.1 de la Ley 6/1998, del suelo

DOCTRINA: En relación con la potestad de la Administración pública para requerir al copropietario o comunero que considere oportuno y no a todos ellos, la doctrina civilista es clara al establecer que en la situación en que un copropietario o la comunidad es demandada, puede plantearse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Esta doctrina es de plena aplicación con los debidos matices al procedimiento administrativo, ya que también es obligado para la Administración entender los procedimientos con todos los interesados necesarios conocidos, entre los que están los que sean titulares de derechos que pudieran resultar

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La primera cuestión que plantea la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, como hemos dicho, es la incorrecta interpretación de la situación de copropiedad y su trascendencia en cuanto a los requerimientos de la Administración urbanística para cumplir los deberes de mantener los inmuebles en condiciones de seguridad, salubridad y ornato. Lo fundamenta en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 18 de octubre de 1999, y solicita al Tribunal Supremo que declare como doctrina legal que:

“es conforme a Derecho que la Administración, en el ejercicio de su competencia en materia de disciplina urbanística, que no sancionadora, pueda requerir indistintamente a cualquier titular que ostente un derecho sobre el bien inmueble, siempre que ésta tenga constancia del mismo.”

El Tribunal Supremo afirma que:

“Se equivoca la corporación municipal al entender que tiene potestad para requerir al copropietario o comunero que considere oportuno y no a todos ellos cuando, como en este caso, conocía su existencia, de manera que la doctrina correcta es la que se declara en la sentencia recurrida, que hemos dejado transcrita en los antecedentes tercero y cuarto de esta nuestra, y no la que pretende el Ayuntamiento recurrente después de efectuar una interpretación sesgada de una sentencia de esta Sala referida a coherederos, en la que se interpreta lo establecido en el artículo 1084 del Código civil, que contempla una obligación solidaria, lo que no sucede en el caso que nos ocupa.”

El Tribunal Supremo declara que la doctrina correcta es la contenida en los antecedentes tercero y cuarto, en los que se establece, como más trascendente lo siguiente:

“para abordar la cuestión litigiosa es necesario partir de la relaciones de copropiedad, tal y como ellas son reguladas en el título III, libro II del CC. No presumiéndose la solidaridad (artículo 1137 del CC), la misma ha de resultar bien de los convenios que la establezcan o de los términos de la ley, sin que pueda referirse a las relaciones de condominio que regula el artículo 395 del CC, ni del contenido del artículo 181 de la Ley de régimen del suelo (texto de 1976, luego artículo 245 del Texto refundido del 1992, incorporado a Andalucía por la Ley 1/1997), pues aunque éste habla de los propietarios, lo hace, en general, refiriéndose a los de las distintas fincas, terrenos, urbanizaciones, edificaciones, etc., sin abordar las situaciones de copropiedad y aquél, aunque más específico, trata de las relaciones internas entre los copropietarios, pero no de las obligaciones de éstos frente a terceros, respecto de las cuales impera el principio de simple mancomunidad, tal y como es concretado en el artículo 1137 citado, del que resulta no hallarse obligado cada uno de los propietarios más que por la parte alícuota que les corresponda; por lo tanto, la Administración tiene que exigir de todos y cada uno de los copropietarios del inmueble el cumplimiento de la obligación que dimana del párrafo 1 del mencionado artículo 245 de Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, en relación con la Ley andaluza 1/1997, y el artículo 19.1 de la Ley 6/1998, del suelo, pues el condominio no permite elegir arbitraria u subjetivamente a cualquiera de los copropietarios y omitir a los demás, siendo el caso que al Ayuntamiento constaba la existencia de otros copropietarios con quien no ha acreditado que les dirigiese el oportuno requerimiento, existencia de la que debiera tener conocimiento la Administración demandada por haber debida constancia en los registros públicos. La situación no es sino el reflejo en vía administrativa del requisito procesal del litisconsorcio necesario. En efecto, la doctrina civilista es clara al establecer que en la situación en que un

afectados por el acto [artículo 31.1.b) de la LPAC]. Esta obligación, que no tiene trascendencia anulatoria cuando se trata de un simple requerimiento, sí alcanza eficacia invalidante cuando se pretende pasar a imponer la ejecución sustitutoria de la Administración, imponiendo las cargas económicas derivadas de la misma al único copropietario requerido. Y ello por cuanto dicho copropietario no puede por sí solo realizar las obras o actuaciones exigidas (artículo 397 del Código Civil).

copropietario o la comunidad es demandada, puede plantearse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Este ha sido desarrollado por la jurisprudencia en una doctrina consolidada: sentencias de 30 de junio de 1998 (RJ 1998, 5287), 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9229), 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10162), 4 de enero de 1999 (RJ 1999, 132) y 15 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1238); la primera de ellas expone tal doctrina basándose en sentencias anteriores y ha sido reproducida en posteriores y dice literalmente: la doctrina de esta sala es muy reiterada y uniforme y la resume la creación jurisprudencial, que ha sido definida por la doctrina de esta sala, en las sentencias, entre otras muchas, de 11 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9934), 7 de enero de 1992 (RJ 1992, 152), 30 de enero de 1993 (RJ 1993, 352) y 6 de abril de 1996 (RJ 1996, 2881): la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias. Y la de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2490) añade que se evita que a las personas que no han sido parte en el proceso les alcance los efectos que puedan derivarse de la sentencia que se dicte en el mismo. Con ello, se preserva el principio de audiencia, se proscriben la indefensión y, en definitiva, se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24 de la Constitución. La sentencia de 12 de abril de 1996 (RJ 1996, 2947) y la citada de 12 de marzo de 1997, resumen la doctrina jurisprudencial, plasmada en sentencias de 3 de mayo de 1977, 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7448), 24 de abril de 1990 (RJ 1990, 2799) y 23 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8036), en los siguientes términos: lo característico del litisconsorcio pasivo necesario, y lo que provoca la extensión de cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración. Esta doctrina es de plena aplicación con los debidos matices al procedimiento administrativo ya que también es obligado para la Administración entender los procedimientos con todos los interesados necesarios conocidos, entre los que están los que sean titulares de derechos que pudieran resultar afectados por el acto [artículo 31.1.b) de la LPAC]. Esta obligación, que no tiene trascendencia anulatoria cuando se trata de un simple requerimiento, sí alcanza eficacia invalidante cuando se pretende pasar a imponer la ejecución sustitutoria de la Administración, imponiendo las cargas económicas derivadas de la misma al único copropietario requerido. Y ello por cuanto dicho copropietario ni puede por sí solo realizar las obras o actuaciones exigidas (artículo 397 del Código Civil). Lo razonado priva de validez al decreto que ordena la ejecución sustitutoria por la Administración, y la posible exacción de los gastos y su importe al actor en cuanto único propietario que había sido requerido.”

E) Jurisdicción civil

Juzgado de lo Mercantil. El concepto “alteración” o “modificación” (artículo 14 de la Ley de propiedad intelectual) no queda constreñido a la obra. También su ubicación es relevante y puede suponer, en cuanto que suponga menoscabo para la propia creación, una vulneración del derecho de autor. Sin embargo, del artículo 14.4 de la Ley de propiedad intelectual no cabe deducir, sin más, que el cambio de emplazamiento de una escultura adquirida por un municipio y expuesta en la vía pública suponga vulnerar el derecho a la integridad de la obra del autor.

De este precepto, sin más, no puede extraerse la facultad del autor de impedir el cambio de situación, pero sí de las previsiones contractuales para supuestos concretos, de acuerdo con las cuales podrá concluirse, conforme al artículo 1258 del CC, que en ese caso hay alteración de la concepción artística al realizarse el cambio de ubicación sin la aquiescencia del autor.

Si se desea retirarla sólo por razones estéticas, no hay un interés público que justifique el incumplimiento contractual

SUPUESTO DE HECHO

Un escultor celebra con el Ayuntamiento de Amorebieta un contrato de encargo de obra, en el que se acuerda que realice “una escultura según la maqueta”, que cita “para su posterior ubicación en la localidad, concretamente en la rotonda central del cruce de las calles Sabino Arana, Carmen, San Miguel y San Pedro”, que recoge también que “el Sr. Juan Luis acepta la imposibilidad de colocar una pieza de similares características en otro lugar diferente a este municipio” y que la entonces alcaldesa “se compromete a contar con el Sr. Juan Luis para la decisión del entorno inmediato en que la escultura será ubicada”.

Fruto de ello se colocó efectivamente en la rotonda la escultura del Sr. Juan Luis, conocida popularmente como “la patata”.

El Ayuntamiento decidió volver a urbanizar los principales equipamientos sociales y administrativos de la localidad, a cuyo fin convocó un concurso de ideas. El proyecto que lo ganó prevé la retirada de “la patata” del lugar donde está ubicada.

Por ello, el escultor formula una demanda en la que solicita, entre otras, las pretensiones siguientes

1. Se declare que en cumplimiento de lo pactado mediante el contrato de encargo de obra suscrito el 31 de octubre de 2002 entre el demandante y el Ayuntamiento de Amorebieta, este último no se encuentra legitimado para alterar la ubicación actual de la escultura autoría del primero.

2. Declare que el derecho moral de autor de D. Juan Luis a la integridad de su obra, reconocido en el artículo 14.4 de la LPI, comprende su derecho a que no se altere la ubicación actual de su obra escultórica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) La protección de la obra plástica

El juez afirma que:

“El derecho de autor es un derecho esencial para garantizar la libertad de creación artística, [...] pero la peculiaridad del caso es la regulación contractual de la relación entre las partes [...] que convinieron un contrato en el que se disponían obligaciones y derechos [...]. Por lo tanto en la tensión que se produce entre el dueño de la obra, el municipio demandado, y su autor, el creador demandante, además de las previsiones legales habrá que tener en cuenta los términos convenidos [...] es sumamente relevante lo estipulado libremente respecto al encargo de creación, elaboración y ubicación de la escultura.”

ÓRGANO: Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao. Jurisdicción civil. Procedimiento 476/2007

SENTENCIA: 263/2008

FECHA: 21 de mayo de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Edmundo Rodríguez Achutegui

DEMANDANTE: Escultor

DEMANDADO: Ayuntamiento de Amorebieta

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 14.4 de la Ley de la propiedad intelectual y artículo 1258 del CC

DOCTRINA: El concepto “alteración” o “modificación” (artículo 14 de la Ley de propiedad intelectual) no queda constreñido a la obra. También su ubicación es relevante y puede suponer, en cuanto que suponga menoscabo para la propia creación, una vulneración del derecho de autor. Sin embargo, del artículo 14.4 de la Ley de propiedad intelectual no cabe deducir, sin más, que el cambio de emplazamiento de una escultura adquirida por un municipio y expuesta en la vía pública suponga vulnerar el derecho a la integridad de la obra del autor.

De este precepto, sin más, no puede extraerse la facultad del autor de impedir el cambio de situación, pero sí de las previsiones contractuales para supuestos concretos, de acuerdo con las cuales podrá concluirse, conforme al artículo 1258 del CC, que en ese caso hay alteración de la concepción artística al realizarse el cambio de ubicación sin la aquiescencia del autor.

Si se desea retirarla sólo por razones estéticas, no hay un interés público que justifique el incumplimiento contractual.

B) Sobre la intención de retirar la escultura del lugar

El Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano ha admitido que pretende remodelar la zona, haciéndola más cómoda para el peatón, y el juez afirma que de todo ello se concluye que:

“sí existe voluntad, aunque se pretenda no demostrarla de modo expícito, de retirar la obra escultórica, y sobre tal presupuesto habrá que resolver la cuestión.”

C) El derecho moral a la integridad de la obra y su relación con el lugar en que se ubica

El juez advierte que:

“el derecho de propiedad no es incompatible con el del autor. Al contrario, han de convivir y tienen semejante rango. Ninguno se subordina al otro, y han de respetarse recíprocamente.”

Para asegurar ese respeto mutuo existen:

–Normas internacionales (artículo 6.bis del Convenio de Berna de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas, tras la redacción dada en París en el año 1971).

–Los artículos 20.1.b) y 47 de la CE.

–El Código Civil (título II, “De las propiedades especiales”, del libro II, “De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones”, dentro del cual se dedica el capítulo III a la propiedad intelectual).

–La Ley de propiedad intelectual, que regula el denominado “derecho de autor” (en los artículos 14 a 16 y 41 de la LPI se regula el derecho moral de autor, concediendo facultades de naturaleza inalienable, pues ni se pueden disponer ni renunciar).

El demandante apoya su pretensión esencialmente en el artículo 14.4 de la LPI, que reconoce al autor el derecho irrenunciable e inalienable 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 de su reputación”.

Y el juez afirma que:

“se polemiza sobre si el derecho a la integridad abarca, también, el derecho a que no se cambie la ubicación inicial, que en este caso además fue convenida contractualmente.”

El juez, una vez analizada la jurisprudencia sobre la materia, afirma que:

“La conclusión que de todo ello se alcanza es que el concepto ‘alteración’ o ‘modificación’ no queda constreñido a la obra. También su ubicación es relevante y puede suponer, en cuanto que suponga menoscabo para la propia creación, una vulneración del derecho de autor.”

D) Sobre la vulneración del derecho a la integridad de la obra

La escultura creada para el municipio de Amorebieta-Etxano no está diseñada para ser exhibida en uno u otros lugares, sino para estar situada en un lugar concreto.

El juez establece:

“El dueño de la obra tiene derecho a ubicarla donde le parezca más conveniente, si con ello no vulnera el derecho de autor. Es perfectamente comprensible que una reforma integral propicie el deseo de modificar su situación, cambiándola de emplazamiento en la propia zona o trasladando su ubicación.

“Ante el conflicto entre el derecho de propiedad y el de autor, no hay razón para privilegiar a uno respecto de otro [...]. Hay múltiples razones para justificar el cambio de emplazamiento de la obra, entre ellas la reordenación del lugar, urbanísticas, de interés público e incluso políticas, pues en ocasiones algunas obras artísticas conmemoran o aluden a circunstancias que la historia supera o hace sencillamente intolerables.

[...]

“del artículo 14.4 de la LPI no cabe deducir, sin más, que el cambio de emplazamiento de una escultura suponga vulnerar el derecho a la integridad de la obra del autor.”

E) El contrato para la creación de la escultura y sus consecuencias

El juez concreta que:

“En este caso nos encontramos, sin embargo, con un elemento que individualiza la relación entre dueño de la escultura y

autor. Se trata del contrato suscrito el 31 de octubre de 2002 por el que no sólo se acuerda encargar una escultura, aceptando el escultor tal cometido, sino que se determina el concreto lugar donde habrá de ubicarse, y las relaciones entre dueño y autor.”

Las diferencias entre las partes se concretan en si el contrato de 31 de octubre impide modificar tal ubicación. Así lo entiende el actor y lo niega el demandado.

El criterio de la sentencia se estructura sobre la base argumental siguiente:

“Es el contrato el que permite valorar la importancia que las partes dieron al lugar donde la obra debería residir, concretando el derecho a la integridad de la obra que proclama el artículo 14.4 de la LPI. Si de este precepto, sin más, no puede extraerse la facultad del autor de impedir el cambio de situación, de las previsiones contractuales, relacionadas con la norma legal, puede concluirse, conforme al artículo 1258 del CC, que habría alteración de la concepción artística de realizarse sin su aquiescencia [...] es la naturaleza de este contrato, de creación y venta de una obra escultórica, tuvo en cuenta de manera principal el lugar de ubicación de su objeto.”

Para el juez todo ello llevaría a estimar la primera petición de la demanda, pero al oponer el Ayuntamiento razones de interés público para que no se haga, procede a analizar este extremo.

F) La necesidad urbanística como justificación del traslado

El ayuntamiento demandado asegura que es una necesidad de interés público la rehabilitación de la zona, recuperándola para el tránsito peatonal lo que podría conllevar, en su caso, modificaciones puntuales, entre otras la de retirar la obra escultórica del demandante de su actual sede.

El juez afirma que no existe un interés público que permita incumplir el contrato, sólo cuestiones estéticas. Lo razona del modo siguiente:

“que se haya convocado un concurso de ideas y que la aprobación de una de ellas suponga el intento de reducir el tráfico rodado, ampliando las zonas de uso peatonal y restringiendo el acceso a cierta clase de vehículos (residentes, transporte público...) es decisión municipal y no hay razón alguna para que este juzgado la cuestione, en tanto que ya existe un procedimiento público para evacuar alegaciones y discutir, si fuera procedente, la decisión municipal.

“Sin embargo, no puede compartirse que la peatonalización o reforma del lugar suponga, necesariamente y por razones de utilidad pública, la retirada de la escultura, como sostiene el demandado con apoyo en el dictamen pericial [...]. Que la escultura siga en ese lugar puede constituir, sin duda, un obstáculo visual. Puede también constituir un elemento de primacía, pero no hay razones de interés público para retirarla, como no las hay para dejarla donde está. Los argumentos del dictamen permiten concluir que nos encontramos con razones esencialmente estéticas [...]. Si la escultura no estuviera el conjunto sería más homogéneo, no habría contraste, se permitiría cierta unidad visual entre la Herriko plaza y el Parque y Centro Zelaieta. Pero con ello no se satisface un interés público. Lo habría si fuera imperativo pasar por el lugar un vial, una línea de autobuses o tranvía, atender necesidades que superen la simple coherencia del proyecto.

[...]

“se analiza, sino la necesidad de retirar la obra, incumpliendo los términos del contrato por atender una pretendida e improba utilidad pública [...] se desea retirarla por razones estéticas [...]. En definitiva, no hay interés público que justifique el anunciado incumplimiento contractual.”

G) Los términos de la estimación

El juez estima la demanda y establece que el municipio no se encuentra legitimado para alterar la ubicación actual de la

escultura autoría del demandante, mientras no se modifique el contrato de común acuerdo o se resuelva por ambas o una de

las partes, con las consecuencias que ello trae consigo, según el ordenamiento jurídico.

Audiencia Provincial de Madrid. No puede estimarse la demanda contra un partido político en solicitud de que se declarara la ilicitud de la publicidad consistente en la inserción en emisiones de radio de cuñas publicitarias en las que un cargo público de dicho partido y candidato a la presidencia de la comunidad en las elecciones autonómicas que se avecinaban afirmaba que, con el partido que gobernaba, la sanidad pública de la comunidad estaba en peligro.

Es inaplicable el artículo 2 de la Ley general de publicidad a la publicidad política, que es un ejercicio del derecho a la libertad de expresión

SUPUESTO DE HECHO

La Comunidad de Madrid presentó ante el juzgado de lo mercantil una demanda contra el PSOE en la que solicitó que dictara sentencia en la que declare que una concreta publicidad efectuada por el Partido Socialista de Madrid es ilícita (cuñas publicitarias que afirmaban: "Con el Partido Popular la sanidad pública de Madrid está en peligro y la salud de unos vale más que la de otros" y "Esto tiene que cambiar. Una sanidad igual para todos es tu derecho y es mi compromiso"), y, en consecuencia, ordene su cesación y prohíba su reiteración futura, ordenando la rectificación expresa de la publicidad en los mismos medios en que se ha reproducido y la publicación íntegra de la sentencia, sin coste alguno para la Comunidad de Madrid, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 5 desestimó la demanda y la actora formuló un recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La tesis de la actora es que la actividad publicitaria desplegada por los partidos políticos (dejando a un lado la realizada en los períodos electorales, que estaría regulada por la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, y por las leyes orgánicas reguladoras de la publicidad electoral tales como la 2/1988, de 3 de mayo, 10/1991, de 8 de abril, y 14/1995, de 22 de diciembre) ha de considerarse realizada en el ejercicio de una actividad profesional con el fin de promover algo parecido a la contratación de servicios, derechos y obligaciones en el mercado ("una suerte de compromiso, obtenido competitivamente con otras fuerzas políticas", se dice por la recurrente), por lo que entraría en el ámbito de aplicación delimitado por el artículo 2 de la Ley general de publicidad.

La sala no acepta esta tesis y argumenta:

"La publicidad a la que es aplicable la regulación de la publicidad ilícita del título II de la ley general de publicidad, y respecto de la que pueden ejercitarse las acciones del título IV de dicha ley, es la que se ha venido a denominar publicidad comercial o económica [...]. La Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, y la posterior 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, que la modifica, que son justamente las desarrolladas por el artículo 2 y los títulos II y IV de la Ley general de publicidad, dejan claro en sus considerandos y en su articulado que la publicidad a la que se refieren es la que tiene por finalidad promover el comercio de bienes o servicios de contenido o significación económica.

"Queda por tanto excluida de la regulación de la publicidad ilícita [...] la de naturaleza política, dirigida a promover la difusión entre los ciudadanos de determinadas ideas políticas y su adhe-

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Madrid. Sección 28. Recurso de apelación 16/2007. Jurisdicción civil
SENTENCIA: 169/2008

FECHA: 27 de junio de 2008

PONENTE: Ilmo. Sr. Rafael Saraza Jimena

DEMANDANTE: Comunidad de Madrid

DEMANDADA: Partido Socialista Obrero Español

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 2 de la Ley general de publicidad

DOCTRINA: No puede estimarse la demanda contra un partido político en solicitud de que se declarara la ilicitud de la publicidad consistente en la inserción en emisiones de radio de cuñas publicitarias en las que un cargo público de dicho partido y candidato a la presidencia de la comunidad en las elecciones autonómicas que se avecinaban afirmaba que, con el partido que gobernaba, la sanidad pública de la Comunidad estaba en peligro. Es inaplicable el artículo 2 de la Ley general de publicidad a la publicidad política, que es un ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

sión a las mismas, o a promover determinados comportamientos electorales.

"El título II de la Ley general de publicidad se enmarca claramente dentro del bloque de normas reguladoras del mercado y de la actividad económica de los que intervienen en el mismo.

"[...]

"Se trata de una cuestión pacífica en la doctrina (Massaguer, Lema Devesa, Santaella López, entre otros): la principal virtualidad del artículo 2 de la Ley General de Publicidad es la de delimitar la actividad publicitaria comercial.

"Por tanto, no es posible ejercitar una acción cesatoria y prohibitoria de publicidad ilícita basada en los artículos 3 y siguientes de la Ley general de publicidad respecto de la actividad publicitaria realizada por un partido político en relación a cuestiones objeto del debate político, como es en este caso la política sanitaria de una administración territorial con competencias en dicha materia."

La Audiencia se adentra en el significado y posición constitucional de los partidos políticos y establece que:

"Las alegaciones de la recurrente sobre el carácter 'profesional' de los partidos políticos y de la similitud con los contratos de los 'compromisos electorales' que adoptan los ciudadanos res-

pecto de los partidos políticos [...], carecen de fundamento razonable [...]. Una cosa es que puedan utilizarse expresiones metafóricas relativas al mercado y sus actores [...] (y así se habla de ‘mercado de las ideas’ para referirse al debate público en una determinada sociedad, como ya se hizo en la jurisprudencia americana por el juez Oliver Wendell Holmes en su voto particular formulado en la sentencia *Abrams vs. United States* –250 U.S. 616 [1919]–, o se tilda coloquialmente de ‘profesionales’ a los políticos o a los partidos en que se encuadran cuando se produce la permanencia continuada de unas mismas personas en los cargos políticos sin que se produzca su renovación), y otra es que pretenda otorgarse a tales expresiones la virtualidad de transmutar la verdadera naturaleza jurídica y constitucional de tales instituciones y convertir el debate público y sus actores (entre los que los partidos políticos tienen una especial importancia en nuestro sistema constitucional en cuanto que ‘expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política’, artículo 6 de la Constitución), en un mercado donde los proyectos y las ideas se compran y se venden, o equiparar jurídicamente la actuación de los partidos políticos, en cuanto intentan ocupar parcelas de poder mediante procedimientos democráticos y para ello intentan convencer a los ciudadanos de la bondad de sus programas y de sus actuaciones y de los defectos de sus oponentes, con la actuación de los agentes económicos intervinientes en el mercado cuando promueven sus propias prestaciones en competencia con las de sus competidores.

“Se trata de actuaciones y de campos que son regulados por el ordenamiento jurídico de una manera completamente distinta, en base a criterios de eficiencia concurrencial, tutela de los consumidores y control judicial de la corrección y exactitud de las manifestaciones externas realizadas en el mercado con ánimo concurrencial, entre otros criterios, en el caso del mercado económico, y en base a criterios de libertad de expresión, ausencia casi total de injerencia judicial en el debate político y reconocimiento del protagonismo de los partidos políticos, en cuanto al campo de la política.”

Descartada la posibilidad de aplicación directa del artículo 2 y de los títulos II y IV de la Ley general de publicidad a la publicidad política, la Audiencia analiza que tal aplicación se realice por analogía.

La cuestión se plantea en los términos siguientes:

“son requisitos para proceder a la aplicación analógica de las normas legales (en este caso, del artículo 2 y de los títulos II y IV de la Ley general de publicidad) la falta de regulación directa y específica (esto es, la existencia de una laguna legal) de un determinado supuesto de hecho, que en este caso sería la publicidad política, y la identidad de razón entre el mencionado supuesto carente de regulación y otro semejante regulado por otra norma [...] según la tesis de la recurrente existiría una laguna legal [...] por cuanto que la Ley general de publicidad habría omitido regular la publicidad política y sin embargo en la actual realidad social los partidos políticos acuden a la publicidad como lo hacen las empresas.”

La Audiencia sostiene que no existe laguna legal:

“La analogía es uno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico da al juez para poder dictar una sentencia que resuelva el litigio sometido a su consideración por más que el ordenamiento jurídico no regule expresamente dicho supuesto de hecho [...]. Pero su utilización no puede suponer una alteración de las reglas, constitucionales y legales, que disciplinan la elaboración y el control de las normas, ni una conversión del juez ordinario en *dominus* de la Ley de modo que contrarie su sujeción a ésta, prevista constitucionalmente (artículo 117.1 de la Constitución). La lógica de la analogía es la de la igualdad, pues

se trata de aplicar a un supuesto de hecho que se entiende no está regulado la misma disciplina normativa prevista para otro que sí está regulado. Consecuentemente, se actuaría de modo improcedente si se pretendiera aplicar analógicamente una norma cuando el legislador no ha ‘olvidado’ regular específicamente un determinado supuesto de hecho sino que ha optado por no realizar esa regulación ‘igualitaria’ de supuestos de hecho distintos.

“Lo que acontece no es que el legislador haya obviado una previsión legal al respecto, sino que justamente la previsión legal existente es que la regulación de la publicidad ilícita y de las acciones del título IV de la ley general de publicidad sólo se aplica a lo que hemos denominado publicidad comercial (artículo 2 de la Ley general de publicidad), mientras que la regulación de los contratos publicitarios del título III de la Ley general de publicidad y, supletoriamente, las reglas generales del Derecho común son aplicables a los que versen sobre todo tipo de publicidad, incluida la política, en virtud de la previsión expresa del inciso final del artículo 9 de la Ley general de publicidad.

“La publicidad política ha de ser considerada como una de las actividades mediante las que los partidos políticos cumplen las funciones que tienen constitucionalmente asignadas [...]. Se trata de una de las manifestaciones de la libertad de expresión de la que son titulares cualificados los políticos y los partidos en los que se integran [...] y respecto de la que sólo están regulados los límites contenidos en las normas relativas a la publicidad electoral, a las que antes se ha hecho referencia, así como la prohibición y represión de determinados excesos considerados inadmisibles, como pueden ser los que resultan de los preceptos constitucionales, penales y civiles que protegen el honor y la intimidad de las personas o los preceptos penales que castigan la incitación al odio o la discriminación racial, la justificación de los crímenes de genocidio o de los regímenes que los han perpetrado o la apología del terrorismo.”

Por consiguiente, la Audiencia desestima la pretensión de aplicar analógicamente a la publicidad política realizada por un partido político la regulación contenida en los títulos II (publicidad ilícita) y IV (acciones de cesación y rectificación) de la Ley general de publicidad.

En lo que se refiere a que la sentencia recurrida ha causado indefensión a la Comunidad de Madrid (motivo segundo del recurso de apelación), la alegación, señala la Audiencia, carece de fundamento. Establece el Tribunal:

“La recurrente confunde la falta de fundamento jurídico de su pretensión con la producción de indefensión. Como se decía en la sentencia apelada, contra la publicidad realizada por la demandada pueden ejercitarse acciones cuando la misma sea ilícita, como son por ejemplo las previstas en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o, como se ha declarado en esta sentencia, acciones penales si en la misma se incitara al odio racial o se hiciera apología del genocidio o del terrorismo. Pero, naturalmente, la recurrente sólo tiene el amparo de esas acciones cuando su pretensión jurídica sea conforme a Derecho, esto es, cuando la actuación del partido político demandado haya infringido alguno de los límites que le impone el ordenamiento jurídico.

“La falta de otras acciones contra la publicidad política realizada por el partido político demandado, y concretamente la improcedencia de acudir a las acciones que contra la publicidad ilícita establece la Ley general de publicidad, no supone que la parte actora sufra indefensión, sino que en los casos en los que la publicidad política no incurra en esas infracciones de los derechos al honor, la intimidad o la propia imagen o no traspase otros límites previstos en el ordenamiento jurídico, como son los

establecidos por las leyes que regulan los procesos electorales o las normas penales, dicha publicidad es lícita y no puede ser prohibida. La parte recurrente no puede alegar indefensión por no poder conseguir un resultado que carece de sustento en el ordenamiento jurídico.”

En el motivo tercero del recurso de apelación, la Comunidad de Madrid alega que no le sería posible a la demandante acudir al proceso de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, dado que la jurisprudencia limita el contenido de este derecho de las personas jurídicas públicas, y asimismo el proceso previsto para esta materia (conforme al artículo 249.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, el juicio ordinario) es más lento que el juicio verbal previsto para el ejercicio de las acciones cesatorias en materia de publicidad.

Respecto de las limitaciones de las personas jurídicas para acudir al proceso de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, la Audiencia señala que:

“el Tribunal Constitucional, en sentencias como las citadas por la recurrente, o la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencias como las de 24 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7635) o 9 de febrero (RJ 1989, 822) y 5 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6889), haya atribuido un contenido personalista al derecho al honor (con las debidas matizaciones, puesto que por ejemplo la STC 139/1995, de 26 de septiembre [RTC 1995, 139], consideró que las personas jurídicas son también titulares del derecho al honor constitucionalmente protegido, y la STC 214/1991, de 11 de noviembre [RTC 1991, 214], declaró que es posible apreciar lesión del derecho al honor en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas, los mismos trascienden a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad), distinguiéndolo de la dignidad, prestigio o autoridad de las instituciones públicas, o que en los supuestos de crítica a instituciones públicas en los que no se contiene referencia a hechos concretos o a personas individualmente determinadas no exista intromisión en el honor constitucionalmente protegido (por ejemplo, STC 121/1989, de 3 de julio [RTC 1989, 121]), no supone que la Administración pública recurrente quede en indefensión al no poder acudir al proceso de protección al honor y ver rechazada su acción basada en la Ley general de publicidad.”

La conclusión que la Audiencia sostiene a tenor de lo anterior es:

“dando por descontado, como parece evidente, que la actuación publicitaria cuestionada no ha infringido ningún límite establecido por la legislación penal a la libertad de expresión, que la publicidad realizada por el partido demandado no ha vulnerado el derecho fundamental al honor ni ha infringido ningún otro límite legalmente previsto y, por tanto, la pretensión de la actora de obtener una orden de cesación de la publicidad política realizada por el partido político demandado en la que se critica la política sanitaria de la Comunidad de Madrid carece de fundamento jurídico.”

En el motivo cuarto del recurso de apelación se argumenta que la publicidad objeto de la acción de cesación y prohibición es ilícita por constituir publicidad engañosa y publicidad desleal.

La Audiencia afirma que:

“Sin perjuicio de que, como se ha dicho, el régimen jurídico aplicable a la actividad publicitaria promovida por el partido político demandado no es el de la Ley general de publicidad, las alegaciones contenidas en este motivo de apelación carecen también de cualquier fundamento jurídico que pudiera buscarse en otros sectores del ordenamiento jurídico.”

La Audiencia enmarca el supuesto carácter “engañoso” y “desleal” de la publicidad realizada por el partido político demandado en el ejercicio de la libertad de expresión por parte

del partido político demandado, en relación con su función constitucional de contribuir a la formación de la voluntad popular y en relación con una cuestión de relevancia pública, como es la política sanitaria de una determinada comunidad autónoma.

Al desestimar el carácter engañoso y desleal, entre otras, cita la STC 5/2004, de 16 de enero:

“Ha sido reiteradamente afirmada por la jurisprudencia de este Tribunal (STC 48/2003, de 12 de marzo [RTC 2003, 48], F 5), y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 30 de enero de 1998 [TEDH 1998, 1] –caso Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía– y de 13 de febrero de 2003 [PROV 2003, 50031] –caso Partido de la Prosperidad contra Turquía–) la importancia constitucional de los partidos políticos, mencionados en el artículo 6 de la CE, como medios de expresar el pluralismo político y de concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular. Esta especial importancia de los partidos políticos en la constitución y mantenimiento de un Estado democrático, unido al conjunto y calidad de los derechos fundamentales de que son titulares –derecho de asociación, libertad ideológica, libertad de expresión, derecho de participación en los asuntos públicos.

“Los partidos son medio cualificado para la articulación del pluralismo al que sirven de expresión y, en consecuencia, tienen en la libertad ideológica el fundamento necesario para la definición de su identidad política, verdadero referente para aquéllos a quienes se ofrece como pauta para la intervención en el proceso de formación de la voluntad popular. Y tienen también en la libertad de expresión, de manera no menos ineluctable, la garantía necesaria para que su participación en ese proceso no se vea desvirtuada o impedida. [Si] los partidos son asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones y éstas se cifran en la expresión organizada del pluralismo político con el fin de asegurar la mejor correspondencia entre la voluntad de los ciudadanos y la voluntad general expresada en la ley.”

Respecto a la alegación del carácter falso del contenido de la cuña publicitaria (“Con el Partido Popular la sanidad pública de Madrid está en peligro y la salud de unos vale más que la de otros”), la Audiencia vuelve a reiterar que se trata de una manifestación del ejercicio de la libertad de expresión por parte de un partido político en relación con una materia de relevancia pública y con la finalidad de formar opinión cara a la expresión de la voluntad popular en las elecciones, por más que no se realizara en período electoral.

La Audiencia establece que:

“La veracidad no es un criterio de enjuiciamiento de la libertad de expresión, al contrario de lo que ocurre con la libertad de información. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional de un modo reiterado. En una de las resoluciones más recientes sobre esta cuestión, la STC 174/2006, de 5 de junio (RTC 2006, 174), se afirma:

“Una última precisión tiene que ver con la determinación de cuál de estas dos libertades es la eventualmente vulnerada. Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio (RTC 1986, 104), entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, por un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma

naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término ‘información’, en el texto del artículo 20.1.d) de la CE, el adjetivo ‘veraz’ (STC 4/1996, de 19 de febrero [RTC 1996, 4]; 278/2005, de 7 de noviembre [RTC 2005, 278], F 2).”

La pretensión de la recurrente de que la sala enjuicie la prueba practicada en primera instancia para decidir si los juicios de valor sobre la política sanitaria del gobierno regional y las incitaciones al cambio político contenidos en las cuñas publicitarias cuestionadas son “veraces” o “falsos” es, según la Audiencia:

“inatendible. Al tratarse de opiniones, juicios de valor, propuestas políticas, tales expresiones serán aceptadas o rechazadas por cada uno de los ciudadanos que reciban el mensaje, o le dejarán indiferente, pero no puede pretenderse que un tribunal de justicia los califique como ‘verdaderos’ o ‘falsos’ y menos aún que ordene la cesación en la emisión de tales expresiones como mensajes publicitarios en caso de considerarlos ‘falsos’.”

En cuanto a la imputación de “deslealtad” que se hace a la publicidad por ser irresponsable, tener por objeto provocar el descrédito con fines electoralistas del equipo de gobierno de la Comunidad de Madrid y ser contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección, de modo que excedería de los límites amparados por la libertad de expresión, tampoco, dice la Audiencia, esta alegación del recurso puede ser amparada.

La Audiencia razona:

“Ya hemos hecho referencia, con cita de jurisprudencia constitucional, a la importancia de los partidos políticos como intervinientes en la formación de la opinión pública y la voluntad popular en una sociedad democrática, de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional, así como al hecho de que las expresiones contenidas en las cuñas publicitarias objeto de impugnación vienen referidas a una materia de interés público, la política sanitaria, y constituye una crítica a autoridades públicas, concretamente a los responsables políticos de la sanidad pública madrileña y al partido al que pertenecen.

“Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el propio Tribunal Constitucional español han seguido en esta materia la línea que inició la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos del caso *New York Times Co. versus Sullivan* [376 U.S. 254 (1964)], conforme a la cual la protección de la libertad de expresión en la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos suponía una ‘consagración profunda a nivel nacional del principio de que el debate acerca de temas públicos debería ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto, y que, por tanto, la primera enmienda podría amparar vehementes, cáusticos y, a veces, nada agradables ataques agudos contra el Gobierno o contra los servidores públicos’.

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cuya jurisprudencia, por el juego conjunto de los artículos 10.2 de la Constitución y 32 y 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [RCL 1979, 2421], informa en nuestro ordenamiento jurídico la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales) ha seguido la línea emprendida por el Tribunal Supremo norteamericano en relación a la amplitud de la crítica proferida por la prensa a los personajes políticos. Su sentencia de 8 de julio de 1986 (TEDH 1986, 8), dictada en el caso *Lingens*, marcó un hito en este campo. En su apartado 41, el tribunal afirma que “la libertad de expresión, consagrada en el apartado 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más

importantes para su progreso y el desarrollo individual. Sin perjuicio del apartado 2, no se aplica solamente a las ‘informaciones’ o ‘ideas’ que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay ‘sociedad democrática’ (sentencia, ya citada, en el caso *Handyside* [TEDH 1976, 6], serie A, núm. 24, pg. 23, ap. 49).”

“También nuestro Tribunal Constitucional ha seguido esta línea, considerando protegidas por la libertad de expresión la crítica política incluso en el caso, que no concurre en el supuesto de autos, de que en el contexto de la misma se utilicen expresiones despectivas para las autoridades (STC 20/1990, de 15 de febrero [RTC 1990, 20]), la crítica a funcionarios y autoridades públicas aunque tales críticas carezcan de fundamento (STC 65/1991, de 22 de marzo [RTC 1991, 65]) o la crítica política con una intencionalidad que tiende a un mejor funcionamiento de los servicios públicos (STC 136/1994, de 9 de mayo [RTC 1994, 136]), considerando fuera del ámbito de protección de esta libertad constitucional solamente aquellos casos en los que en la crítica a los personajes públicos o altos cargos del gobierno se utilizan expresiones infamantes y desprovistas de fundamento dirigidas contra personas concretas (STC 190/1992, de 16 de noviembre [RTC 1992, 190]).

“En el caso de autos, el ejercicio de la crítica política a través de la publicidad realizada por el partido político demandado se ajusta al ámbito protegido por la libertad de expresión, sin tener que acudir siquiera a los criterios de las resoluciones que han establecido unos límites más amplios para ese ámbito, al tratarse de expresiones (las utilizadas en la publicidad cuestionada) que versan sobre un asunto público, estar destinadas a formar opinión en relación a dicho asunto de interés para la ciudadanía y no haberse utilizado términos o expresiones infamantes dirigidas a personas concretas. En consecuencia, la actividad publicitaria realizada por el partido político demandado y cuestionada por la actora ha sido lícita y está plenamente amparada por los artículos 6 y 20 de la Constitución, por lo que no pueden admitirse los reproches de ilicitud de la misma en base a una supuesta ‘falsedad’ o ‘deslealtad’ de la misma.”

Todo ello conlleva que la Audiencia desestime el recurso de apelación y confirma la sentencia recurrida en sus propios términos, con imposición de costas a la parte que formula el recurso de apelación.

Tribunal Supremo. La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la Ley orgánica 19/2003 atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado demanda directamente contra el asegurador de la Administración y a ésta, pero excluye el supuesto en que se demanda únicamente a la compañía de seguros

SUPUESTO DE HECHO

La Asociación Provincial Zaragozana de Cultura y Deporte Laboral, en el marco de la organización de los Juegos Corporativos Europeos-Zaragoza 1995, que financió en parte el Ayuntamiento de Zaragoza, contrató a la Asociación Taurina Peña del Carmen para la puesta en marcha y realización de un festival taurino en la Plaza de Toros de la Misericordia de Zaragoza, que incluía una corrida de vaquillas con la participación voluntaria de los asistentes a los citados Juegos Internacionales.

La asociación taurina solicitó a la Dirección General de Política Interior y Administración Local de la Diputación General de Aragón la autorización para la realización de dicho espectáculo y obtuvo el permiso (para lo cual, entre otros requisitos, suscribió los seguros de responsabilidad civil general y colectivo concertados con la compañía aseguradora Euromutua, Seguros y Reaseguros a Prima Fija).

En el curso del festejo, se soltaron dos becerras de menos de un año de edad, y se permitió que todos los asistentes que lo desearan participasen activamente en él, explicando los responsables del evento, a través del sistema de megafonía instalado en el coso, y en distintos idiomas, en qué consistía la corrida de vaquillas. Uno de los asistentes, Daniel, de 44 años de edad y de nacionalidad israelí, libre y voluntariamente, decidió bajar al ruedo y participar en el espectáculo. Los responsables del festejo anunciaron, también en diversos idiomas, que iba a entrar en el ruedo un toro de los denominados “mansos” para enfilar a las becerras al callejón de los corrales, por lo que se conminó a los participantes que se hallaban en el ruedo a que lo abandonasen. Algunos de los asistentes, y entre ellos Daniel, permanecieron, sin embargo, en la arena, desoyendo el aviso realizado a través de la megafonía, no obstante lo cual se permitió la entrada del cabestro, que en su carrera arrolló a Daniel.

Daniel fue atendido en la enfermería de la plaza de toros, donde los servicios médicos de urgencia prestaron los primeros auxilios, y donde recobró el conocimiento. En el Hospital Miguel Servet de Zaragoza se le atendió de las lesiones y fracturas que sufrió.

Según afirmación del propio Daniel, ante la desconfianza que le merecían los servicios médicos de Zaragoza, voluntariamente solicitó el alta hospitalaria y contrató una ambulancia aérea que lo trasladó a un centro hospitalario de su ciudad de origen.

Daniel demandó a las compañías aseguradoras del Ayuntamiento de Zaragoza, de la Asociación Provincial Zaragozana de Cultura y Deporte Laboral y de la Asociación Peña Taurina del Carmen, reclamando el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

La sentencia de primera instancia, después de desestimar la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil y de rechazar las restantes excepciones dilatorias y perentorias opuestas por los demandados, no acogió las pretensiones de la demanda por considerar que el siniestro, y, por ende, las consecuencias lesivas derivadas de él, tuvieron su causa directa y eficiente, y de forma exclusiva, en el actuar negligente del perjudicado, no considerando, pues, que en la causación de los daños hubiera tenido relevancia, en términos de causalidad, la actuación de los demandados, dentro de sus respectivos ámbitos. Consecuentemente, se desestimó íntegramente la demanda.

ÓRGANO: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera). Jurisdicción civil

RESOLUCIÓN: Sentencia 438 /2008

FECHA: 21 de mayo de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADOS: Compañía de seguros, Ayuntamiento de Zaragoza, Asociación Provincial Zaragozana de Cultura y Deporte Laboral y Asociación Peña Taurina del Carmen

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y artículos 7, 18, 19, 23, 73, 76, 100 y 103 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro

DOCTRINA: La reforma llevada a cabo en la LOPJ por la Ley orgánica 1998 estableció una nueva redacción del artículo 9.4 de la LOPJ, con arreglo a la cual los tribunales y juzgados del orden contencioso-administrativo 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. La nueva redacción del precepto suscitó inmediatamente la duda de si incluía el ejercicio de la acción directa contra el asegurador de la Administración, ya que en la época habían comenzado a incrementarse los seguros de responsabilidad civil concertados por las administraciones públicas para cubrir los riesgos dimanantes de la prestación de servicios de su competencia. El ATS (Sala de Conflictos) de 17 de diciembre de 2001 zanjó la cuestión en favor de la competencia de la jurisdicción civil.

La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la Ley orgánica 19/2003 reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo “cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva”. Con ello se ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el asegurador, pero este precepto ha sido interpretado por los ATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y 28 de junio de 2004, en el sentido de que, según expresión del primero de los citados autos, “la reforma introducida por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en el artículo 9.4 de la LOPJ, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella –junto a la Administración respectiva–, que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la compañía de seguros”.

La Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de primer grado, apreció de oficio la incompetencia de la jurisdicción civil, por considerar que el conocimiento del litigio correspondía a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, y declaró la nulidad de la sentencia del juzgado, absolviendo en la instancia a los demandados de los pedimentos de la demanda.

Contra esta sentencia formula un recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima, revoca la sentencia de la Audiencia y confirma la del juzgado de primera instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los tres primeros motivos de casación se dirigen a combatir la declaración de incompetencia de la jurisdicción civil, que el Tribunal Supremo estima.

El Tribunal pone de manifiesto que:

“la acción ejercitada en la demanda es la acción directa del perjudicado frente al asegurador –aquí, frente a las tres compañías aseguradoras– del riesgo de responsabilidad civil de las aseguradas originado como consecuencia del hecho lesivo en el que resultó perjudicado el actor, acción prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, en relación con el artículo 73 de la misma ley.”

El Tribunal Supremo procede a determinar cuál es la jurisdicción competente para conocer de este tipo de acciones, cuando al menos uno de los asegurados a quien se imputa la responsabilidad cubierta por la póliza es un ente administrativo, como aquí sucede.

En primer lugar se fundamenta en la STS de 30 de mayo de 2007, cuyo fundamento jurídico tercero transcribe:

“A) La reforma llevada a cabo en la LOPJ por la Ley orgánica 1998 estableció una nueva redacción del artículo 9.4 de la LOPJ, con arreglo a la cual los tribunales y juzgados del orden contencioso-administrativo 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.

“La nueva redacción del precepto [...] suscitó inmediatamente la duda de si incluía el ejercicio de la acción directa contra el asegurador de la Administración, ya que en la época habían comenzado a incrementarse los seguros de responsabilidad civil concertados por las administraciones públicas para cubrir los riesgos dimanantes de la prestación de servicios de su competencia.

“El ATS (Sala de Conflictos) de 17 de diciembre de 2001 zanjó la cuestión en favor de la competencia de la jurisdicción civil [...]. El criterio de este ATS fue reiterado por los ATS (Sala de Conflictos) de 21 de octubre de 2002, 28 de junio de 2004 (PROV 2005, 135730) y, a contrario sensu [por inversión lógica], de 30 de marzo de 2004 (PROV 2004, 137161), y por la STS (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10931).

“Esta interpretación conduce a la consecuencia de que, en el período de vigencia de esta redacción de la LOPJ, el orden jurisdiccional competente para conocer de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y su asegurador es el orden jurisdiccional civil y, a mayor abundamiento, la competencia de este orden jurisdiccional, según esta doctrina, es patente cuando la demanda se dirige solamente, en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la LCS, contra el asegurador de la Administración.

“B) [...]”

“C) La argumentación en que se funda la sentencia impugnada, en el sentido de que se produciría un fraude de ley atribu-

yendo al orden jurisdiccional civil cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración, tropieza con el texto literal de la ley, que no incluía a las aseguradoras [...].

D) La Ley de contratación de las administraciones públicas 2/2000, posterior a los hechos enjuiciados, ha optado por subrayar el carácter privado de los contratos pertenecientes a la categoría de los servicios de seguros [artículo 5.2.a) de la LCAP], admitiendo con ello implícitamente la aplicación a estos contratos de la disciplina propia del ejercicio de la acción directa contra el asegurador que regula el artículo 76 de la LCS como elemento imperativo en el régimen de seguro privado de responsabilidad civil.

“La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la Ley orgánica 19/2003, también posterior a los hechos enjuiciados, reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo ‘cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva’.

“Con ello se ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el asegurador, pero este precepto ha sido interpretado por los ATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 (PROV 2005, 231278) y 28 de junio de 2004 (PROV 2005, 135730) (teniendo en cuenta la inclusión del último inciso, que no figuraba en algunos textos prelegislativos) en el sentido de que, según expresión del primero de los citados autos, ‘la reforma introducida por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en el artículo 9.4 de la LOPJ, –no aplicable al caso por razones de derecho intertemporal–, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella –junto a la Administración respectiva–, que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la compañía de seguros’.”

Los argumentos contenidos en el fundamento de derecho de la sentencia de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4973) son lo que comporta que el Tribunal Supremo declare la competencia del orden jurisdiccional civil.

Sin embargo, declara que no procede estimar la pretensión de indemnización de daños y perjuicios sobre la base de lo siguiente:

“el perjudicado participó voluntariamente en una actividad claramente de riesgo, asumió éste y, por ende, sus consecuencias, e incluso lo incrementó, permaneciendo en el ruedo con inobservancia de las instrucciones de los organizadores, a quienes no puede atribuirse la creación de un mayor riesgo que el aceptado por aquél, ni tampoco reprochárseles omisión de deber de diligencia alguno causalmente relevante en la producción del resultado lesivo, ante lo que se revela como un comportamiento voluntario del perjudicado que contribuye eficaz y decisivamente a la producción del daño, en la medida en que se ha colocado a sí mismo en posición de sufrir el riesgo propio de la actividad en la que participaba, y, en particular, el que representaba la presencia del toro manso en el ruedo, con las consecuencias lesivas derivadas de dicha situación. Falta aquí, como en otros casos similares examinados por esta sala –sentencias de 14 de abril de 2003 (RJ 2003, 3706), 7 de junio de 2006 (RJ 2006, 8204) y 20 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1851), entre otras– la causalidad jurídica o los elementos que, en el juicio de imputación objetiva, servirían para poner el resultado dañoso a cargo de los organizadores del evento, y asegurados por las compañías codemandadas; de donde se sigue la imposibilidad de apreciar la responsabilidad de éstas, en la medida en que falta el presupuesto necesario para ello, cual es la responsabilidad civil de los asegurados que es objeto del aseguramiento.”

F) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. Un alcalde que cierra las puertas de la casa consistorial para evitar que entraran vecinos para conversar con concejales de la oposición no comete un delito de detención ilegal porque los concejales no fueron privados de su libertad deambulatoria. La conducta del alcalde constituye un delito de coacciones, que se caracteriza por impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o para compelerle a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto

SUPUESTO DE HECHO

En el año 2003 el acusado era el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Alcollarín. Durante el verano de ese año comenzó a impedir sistemática y constantemente la labor de los concejales de la oposición, denegándoles la solicitud de convertirse en grupo político, negándose a concederles un lugar donde ejercer su labor y desestimando su petición de que les facilitara una mesa, lo que obligó a los ediles doña Lorenza Aurora y don Jesús Manuel a estar en el pasillo valiéndose de un banco y de unas sillas que hacían las veces de mesa y que luego les fueron retiradas por orden del alcalde. Los concejales, a través de un administrativo del consistorio, don Ernesto, solicitan del acusado que les deje el salón de plenos para su trabajo, ya que el mismo tan sólo se utilizaba cada tres meses para los plenos municipales. El alcalde le dice a Isidoro un sábado por la mañana que no hay problema y al lunes siguiente el salón tenía puesto un candado por orden del alcalde.

La situación sigue encrespándose al ordenar Adrián por escrito de 13 de agosto del año 2003 el cierre de las dependencias municipales tan pronto llegaran a las mismas Lorenza, Aurora y Jesús Manuel, a lo que añadió una resolución de 24 de septiembre del mismo año en la que establecía que los concejales citados sólo podrían realizar su labor entre las nueve y las diez horas de la mañana y en la Casa de la Cultura, edificio cercano al ayuntamiento pero carente de cualquier servicio y medios de atención al público.

En la mañana del día 16 de julio del año 2003 las concejales doña Lorenza y doña Aurora se encontraban en el ayuntamiento en un anexo a la fotocopiadora y fueron increpadas de palabra por Arturo para que abandonaran el edificio, a lo que ellas se negaron, por lo que el alcalde llamó a la Guardia Civil diciendo que había una alteración del orden público. Personada la Benemérita en el ayuntamiento, uno de los agentes era hijo de Aurora, hablan con el alcalde y con los ediles, éstos contestan que no se marchan y los uniformados llaman al teniente de la línea, que compareció en el edificio, abandonándolo aquéllas voluntariamente.

En la mañana del día 11 de agosto del año 2003, el alcalde recibió la visita de unos vecinos de la pedanía de Fernando V a fin de hablar de determinadas cuestiones. Al salir del despacho del alcalde, Lorenza, Aurora y Jesús Manuel se dan a conocer a los visitantes como concejales de la oposición, y les facilitan un papel con sus teléfonos, cosa que molestó muchísimo a Arturo y le movió a intentar hacerse con aquel documento, lo que no logró, al tiempo que a los ediles les llama espías e intrusos. Inmediatamente dice que todo el mundo fuera y ordena a la secretaria doña Sara que cierre el ordenador y su despacho, ya que iban a quedar cerrados a éstos (dirigiéndose a Aurora, Lorenza y Jesús Manuel). Los vecinos de la pedanía salen los primeros del edificio y al poco tiempo lo hacen la secretaria y el alcalde, cerrando éste la puerta del consistorio con una llave que portaba en un llavero con el escudo del Ayuntamiento de Madrigalejo, marchándose acto seguido aunque no era ni la una de la tarde. Los encerrados, sorprendidos primero y nerviosos luego tras comprobar que la puerta está cerrada, llaman, lo hace Jesús Manuel por tres veces, a la Guardia Civil, así

ÓRGANO: Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Primera). Jurisdicción penal. Recurso de casación 2459/2007

RESOLUCIÓN: Sentencia 443/2008

FECHA: 1 de julio de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer

DOCTRINA: Un alcalde que cierra las puertas de la casa consistorial para evitar que entraran vecinos para conversar con concejales de la oposición no comete un delito de detención ilegal porque los concejales no fueron privados de su libertad deambulatoria. La conducta del alcalde constituye un delito de coacciones, que se caracteriza por impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o para compelerle a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto.

El delito exige: 1º) una conducta violenta, ya material o física, ya de intimidación de carácter compulsivo que puede recaer tanto sobre quien es obligado a cambiar de conducta como sobre otras personas o sobre cosas de su uso o pertenencia (*vis in re*); 2º) que esa conducta tenga la finalidad de impedir a alguien hacer algo no prohibido u obligarle a hacer algo que no quiera; 3º) que los agentes del hecho obren con ánimo tendencial de influir sobre la libre voluntad ajena; 4º) que esos agentes no estén legítimamente autorizados para emplear intimidación o incluso violencia; 5º) que los actos en que se concrete su actuación sean ilícitos desde la perspectiva de la convivencia jurídica y social, y 6º) que esa conducta tenga una gravedad intensa o importante para distinguirla de las coacciones leves. En el caso del alcalde condenado, se da una de las dos modalidades típicas: impedir con violencia lo que la ley no prohíbe.

como a su hijo para decirle lo que les ha pasado. Transcurridos diez o doce minutos desde el encierro, el alcalde vuelve y desecha la llave pero no abre la puerta, "clic" que es escuchado por Aurora, Jesús Manuel y Lorenza al encontrarse en el pasillo a unos tres metros de la puerta al estar las dependencias del ayuntamiento cerradas. Los concejales esperan que alguien empuje la puerta y entre, cosa que no ocurre, por lo que al rato se acercan a la misma y comprueban que se puede abrir, pese a lo cual continúan allí hasta que llega la Guardia Civil, marchándose de allí los encerrados con los agentes policiales.

Los vecinos de la pedanía Fernando V fueron a consumir algo a un bar cercano al ayuntamiento, y cuando volvían a por los coches aparcados en la plaza que hay frente al mismo se

encuentran con la secretaria, a la que preguntan qué ha pasado, manifestándoles ésta que el alcalde ha encerrado en el ayuntamiento a los concejales porque “quien manda, manda”, viendo que la puerta estaba cerrada.

El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Cáceres incoó el procedimiento abreviado con el núm. 19/2006, en cuya causa la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 23 de octubre de 2007, que contenía el siguiente fallo:

“Debemos condenar al acusado Arturo como autor responsable de un delito contra el ejercicio de los derechos cívicos de las personas, de un delito de prevaricación y de tres delitos de detención ilegal, todos ellos ya definidos y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

“—A dos años de inhabilitación especial por el delito contra los derechos cívicos, que afecta a los cargos de Alcalde y concejal del Consistorio de Alcollarín.

“—A ocho años de inhabilitación especial por el delito de prevaricación, afectando la misma al cargo de Alcalde el Ayuntamiento reseñado.

“—A la pena de tres años y un día de prisión por cada uno de los delitos de detención ilegal, así como a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años (también por cada ilícito), con los efectos de privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tuviere el acusado, aunque sean electivos, y la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

“Se absuelve libremente al acusado Arturo de la falta contra las personas que le reprochaba la acusación particular.”

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación que se interpone contra la sentencia anterior y procede a absolverle del delito de prevaricación y de los tres delitos de detención ilegal por los que fue condenado, y le condenó, como criminalmente responsable, en concepto de autor, de tres delitos de coacciones, previstos en el artículo 172.1 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, y a la accesoria de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena para el cargo público de alcalde del Ayuntamiento de Alcollarín, dada su relación directa con tales delitos, por cada uno de los delitos de coacciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Destacaremos los relativos a la no-concurrencia del delito de detención ilegal.

El Tribunal Supremo afirma que:

“Esta sala ha precisado (cfr. STS de 15 de octubre de 2007, núm. 823/2007 [RJ 2007, 7084]) que la conducta típica del delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, por lo que exige, bien un encierro o internamiento en un lugar del que a la víctima no le es posible salir por sí misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera, impidiéndole moverse o trasladarse de un lugar a otro, aunque se encuentre en un lugar abierto. Igualmente se incluye también el supuesto en el que se obliga al sujeto pasivo a trasladarse a un determinado lugar, o de un lugar a otro, pues en este caso se le está impidiendo realmente, trasladarse desde se encuentra hasta donde querría encontrarse (Cfr. STS núm. 465/1994, de 1 de marzo [RJ 1994, 2081]). De los hechos probados entiende el Tribunal Supremo que no existe verdadera detención. No se da el tipo objetivo del delito considerado. Los sujetos pasivos no fueron privados de su libertad de ambulatoria. De acuerdo con los precedentes fácticos, igualmente descritos, estaba clara la voluntad de no salir—dada la hora que era, ni la

una de la tarde— de los concejales del edificio consistorial, hasta la habitual de cierre de las oficinas. De modo acorde con ello, no se precipitan al exterior cuando son conscientes —a los diez o doce minutos— de que la puerta está de nuevo abierta. Esperan, en cambio, que alguien entre, y en todo caso, que llegue la Guardia Civil. Y, por conocer el sujeto agente —el alcalde— cuáles eran las intenciones de los concejales, tampoco se da el tipo subjetivo de la infracción penal de referencia. No existe el dolo exigido. Sabiendo que aquéllos no querían salir, no pretendió el recurrente impedirse, sino evitar que entraran los vecinos de la pedanía desalojados y que prosiguieran el contacto, que tanto le molestaba, con los concejales.”

La inexistencia del delito de detención ilegal apreciado en la sentencia de instancia no significa que los hechos relatados deban quedar impunes.

El Tribunal Supremo califica los hechos como constitutivos de tres delitos de coacciones, del artículo 172.1 del CP, en cuanto que:

“existen tres sujetos pasivos, titular cada uno de ellos de una voluntad capaz de ser doblegada por la coacción, quedando afectado el bien jurídico protegido que es la libertad de cada individuo.

“El delito de coacciones, se caracteriza por el constreñimiento al sujeto pasivo para impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o para compelerle efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto. Es evidente el género, respecto de otras figuras, particularmente la detención ilegal, cuando de privación de libertad se trata, que es la especie (cfr. STS de 8 de octubre de 2007, núm. 790/2007 [RJ 2007, 8270]), pero eliminada como vimos, objetiva y subjetivamente, la privación de libertad, las coacciones adquieren completa virtualidad.

“Respecto al delito de coacciones la doctrina mantenida en la jurisprudencia de esta sala (cfr. STS de 19 de enero de 1994 [RJ 1994, 77]; 6 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7043]; 17 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8241]; 18-3-2000, núm. 427/2000 [RJ 2000, 1475]) exige: 1º) una conducta violenta, ya material o física, ya de intimidación de carácter compulsivo que puede recaer tanto sobre quien es obligado a cambiar de conducta como sobre otras personas o sobre cosas de su uso o pertenencia (*vis in re*); 2º) que esa conducta tenga la finalidad de impedir a alguien hacer algo no prohibido u obligarle a hacer algo que no quiera; 3º) que los agentes del hecho obren con ánimo tendencial de influir sobre la libre voluntad ajena; 4º) que esos agentes no estén legítimamente autorizados para emplear intimidación o incluso violencia; 5º) que los actos en que se concrete su actuación sean ilícitos desde la perspectiva de la convivencia jurídica y social, y 6º) que esa conducta tenga una gravedad intensa o importante para distinguirla de las coacciones leves.

“En el caso, se da una de las dos modalidades típicas: impedir con violencia lo que la ley no prohíbe.”

Los hechos declarados probados, dice el Tribunal Supremo, describen la conducta del alcalde que, para impedir el contacto entre los tres concejales de la oposición y los vecinos de una pedanía del municipio que le visitan, ordena el desalojo de las dependencias municipales y, conociendo la voluntad de no salir de los concejales, cierra la puerta de la casa consistorial, durante unos minutos, hasta que se han ido tales vecinos.

Es claro, afirma el Tribunal Supremo que:

“los concejales tenían derecho a establecer el contacto que se les impedía y que el alcalde carecía de legitimación para ello, considerándolo, como hace la jurisprudencia, la ilicitud de tal actuación coactiva bajo el parámetro de la normativa de convivencia social y jurídica, reguladora de la voluntad del agente (STS núm. 959/1997, de 30 de junio [RJ 1997, 4962]; núm. 131/2000, de 2 de febrero [RJ 2000, 2145]; y, núm. 427/2000, de 18 de marzo [RJ 2000, 1475]).”

Audiencia Provincial de Barcelona. Condena como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente con desobediencia a las órdenes expresas de la autoridad municipal de suspensión de actividades provocadoras de ruido a la pena de cuatro años y un día de prisión y se decreta la clausura del bar musical por cinco años

SUPUESTO DE HECHO

El acusado Vicente, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, en su condición de socio y gerente de Ciber Envíos Benítez, SCP, se encargaba de la gestión y dirección del bar musical Macumba, sito en Barcelona, en el período comprendido entre los meses de mayo del 2004 y octubre del 2006.

Marcelino, Andrea y Sonia vivían en ese período de tiempo en distintos pisos del mismo inmueble referido y sufrían, antes ya de que se encargara del bar Vicente, molestias que les ocasionaban insomnio por el ruido que durante las horas de apertura al público se derivaba del uso del equipo musical instalado en el bar Macumba.

Por tales razones, formularon una denuncia a la autoridad municipal de Barcelona, que motivó la incoación de un expediente, en cuya virtud se realizaron diversas inspecciones para determinar si se superaba el nivel máximo de decibelios permitido por la normativa administrativa.

Así, en fechas 26 de mayo, 19 y 21 de octubre de 2004 y 13 de enero de 2005 se detectó que el nivel de decibelios producido por el equipo musical instalado en el bar Macumba era de 58,17, mientras que el máximo permitido era de 30, por lo que se creaba una situación de peligro para la salud de las personas que residían en las inmediaciones del local, por lo que en el expediente sancionador 17/2005 de la autoridad municipal se decretó el cese de la actividad en el bar y la adopción de las correspondientes medidas de insonorización, pese a lo cual y tras haber realizado el acusado unas obras que no consiguieron se rebajase el máximo nivel acústico permitido, reabrió el local desarrollando –cuanto menos el 8 de octubre de 2005 cuando estaba vigente dicho acuerdo de suspensión– las actividades que debían estar en suspenso, actividades que siguió realizando también hasta el mes de octubre.

La Audiencia Provincial condena al acusado Vicente como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, con desobediencia a las órdenes expresas de la autoridad municipal de suspensión de actividades provocadoras de ruido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La acusación se formula en relación con los artículos 325.1 y 326.b) del Código Penal. El primero de los dos artículos citados exige la contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente que provoquen directa o indirectamente ruidos.

Por ello, la Audiencia examina si el acusado contravino alguna norma jurídica y provocó la causación de ruidos, en la medida en que éstos son perjudiciales para las personas que deben soportarlos, y establece que:

“resulta del documento incorporado al folio 99 de la causa que en el bar Macumba que regentaba el acusado, se realizó inspección en fecha de 26 de mayo de 2004, de la que resultó que el nivel de ruido emitido por el equipo de música instalado en el local alcanzaba 88,4 decibelios, lo que suponía contravenir una norma jurídica, en concreto la Ordenanza municipal de Barcelona sobre ruidos, lo que por sí solo ya constituiría el delito por el que se ha formulado acusación, quedando por ver si esa contravención supuso además desobedecer las órdenes expresas de la autoridad administrativa (en este caso del Ayuntamiento de Barcelona) de corrección o suspensión de las

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª). Jurisdicción penal

RESOLUCIÓN: Sentencia 577/2008

FECHA: 22 de julio de 2008

PONENTE: Ilmo. Sr. Josep Niubó Clavería

DOCTRINA: Condena como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente con desobediencia a las órdenes expresas de la autoridad municipal de suspensión de actividades provocadoras de ruido a la pena de cuatro años y un día de prisión y se decreta la clausura del bar musical por cinco años.

actividades de las que se derivaba la producción de los ruidos que trataban de evitarse, ya que ambas acusaciones han entendido que en la conducta del acusado concurrió la circunstancia específica de agravación de la responsabilidad criminal prevista en el mencionado artículo 326.b) de ‘haber desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior’.

Consta (folio 81 del expediente judicial) el acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona, de cesar en la actividad, y consta en la causa penal, que dicho acuerdo fue notificado personalmente al acusado (folio 130 de la causa) el 15 de abril de 2005, el cual en fecha 5 de mayo siguiente solicitó autorización –que fue concedida– para el desprecinto del local, a los solos efectos de realizar las obras interiores en el local que deberían corregir los problemas que motivaron su cierre.”

“De resultados de los trabajos referidos, el acusado solicitó (instancia de fecha 20 de setiembre de 2005, folio 152 de la causa) autorización para reanudar la actividad con limitación a 80 decibelios del nivel de ruido, siendo denegada dicha solicitud (folio 269 de la causa), en el que consta que la notificación se hacía por correo, incorporándose en la comunicación que servía de notificación la frase –en la lengua propia de Cataluña– ‘el quebrantamiento del precinto puede suponer una falta de desobediencia penal [...]’, o sea, se le hacía saber expresamente al acusado que de no cumplir el acuerdo municipal podría incurrir en una infracción penal.

“Consta (folios 196 y siguientes) que el 8 de octubre de 2005 se realizó una inspección por parte de funcionarios de la policía barcelonesa, documentada en la correspondiente acta unida a los referidos folios, en la que entre otras cosas se constata que ‘se observa realización de actividad, con unas cuarenta personas aproximadamente consumiendo, con el local a pleno rendimiento con la música y luces encendidas, y precisamente en dicha acta se hace constar la infracción en la que se hubiera incurrido al ‘incumplir las resoluciones de la autoridad competente respecto a prohibiciones y suspensiones de espectáculos y los requerimientos sobre seguridad quebrando cese de actividad’.”

Por tanto, la Audiencia considera que las bases fácticas sobre las que se sustentó la acusación han resultado probadas y que de dicho delito contra el medio ambiente es responsable

criminalmente en concepto de autor el acusado Vicente, porque únicamente él participó en la comisión de los hechos declarados probados realizándolos todos libre y voluntariamente.

La sala, para establecer la pena, valora:

“la finalidad que tiene la pena privativa de libertad de acuerdo con el artículo 25 del texto constitucional y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el hecho y en el autor, concluye que procederá imponer la pena mínima, ya que si bien el acusado ha realizado (como ya se ha anticipado todos los actos típicos que provocan su condena), no puede obviarse que encargó que se realizaran las obras que según los técnicos contratados debían haber evitado el exceso de ruido producido.”

Por todo ello, condena al acusado como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente con desobediencia a las órdenes expresas de la autoridad municipal de suspensión de actividades provocadoras de ruido precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de cuatro años y un día de prisión, multa de veinticuatro meses y un día con una cuota de seis euros día a pagar en el término de un mes desde que sea requerido, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de actividades relacionadas con bares, espectáculos y lúdico-musicales por cuatro años y al pago de un tercio de las costas procesales.

Se decreta la clausura del bar musical por cinco años, en tanto no se lleven a cabo las preceptivas actuaciones tendentes a la insonorización del local y a la adecuación de su equipo de música a las exigencias legales.

5	PRESENTACIÓN
7	ESTUDIOS
7	Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas <i>Joan Mauri Majós</i>
24	Tipos de empleados públicos <i>Francisco Sospedra Navas</i>
42	Los directivos públicos. Análisis comparado <i>Miguel Sánchez Morón</i>
48	Provisión de puestos de trabajo y movilidad funcional en el nuevo Estatuto básico <i>Felipe Fresneda Plaza</i>
79	El Estatuto básico del empleado público: régimen del personal laboral al servicio de las administraciones públicas con especial incidencia en las administraciones locales <i>Miguel-Ángel Luelmo Millán</i>
98	El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal <i>Antonio Serrano Pascual</i>
126	Disciplina urbanística. Una visión desde el Derecho Urbanístico Sancionador de Cataluña <i>Manuel Táboas Bentanachs</i>
166	Notas sobre el régimen sancionador y la función pública local en el Estatuto básico del empleado público <i>José Luis Requero Ibáñez</i>
175	La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08) <i>Ricardo Alonso García</i>
189	CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
190	A) Jurisdicción constitucional
198	B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
202	C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
206	D) Jurisdicción contencioso-administrativa
234	E) Jurisdicción civil
242	F) Jurisdicción penal <i>Domènec Sibina Tomàs</i>