

Febrero de 2011

25

# Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

QDL



Fundación  
Democracia  
y Gobierno Local

- Luciano Parejo Alfonso y Rafael Jiménez Asensio  
5 Presentación
- Estudios**
- José Miguel Carbonero Gallardo  
9 Los criterios de valoración de las ofertas en la selección del adjudicatario en el procedimiento abierto y restringido. La delimitación de la materia objeto de negociación en el procedimiento negociado
- Emilio Aragonés Beltrán  
26 Principio de suficiencia financiera: tasas locales
- Rafael Jiménez Asensio  
57 Las instituciones locales en tiempo de crisis: reforma institucional y gestión de recursos humanos en los Gobiernos locales
- Ponencias, crónicas y notas**
- Pilar Galindo Morell  
81 Ejecución y suspensión de los actos tributarios locales
- Manuel Medina Guerrero  
98 La autonomía provincial
- Francisco Toscano Gil  
112 El área metropolitana en el ordenamiento jurídico español
- José Vicente Cortés Carreres y Aurora Gómez Corell  
121 Comentarios a algunos aspectos de los modelos de gestión de las organizaciones intermedias y prácticas de modernización de sus recursos humanos
- Jurisprudencia**
- Rafael Fernández Montalvo  
141 La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la provincia
- Antonio Descalzo González  
164 Crónica de jurisprudencia (de 1 de junio a 31 de diciembre de 2010)

### **Documentos e informes jurídicos**

- 189 Conclusiones y Decálogo de Recomendaciones del *Libro Verde. Los Gobiernos locales intermedios en España*
- Francisco Cacharro Gosende
- 201 Informe con respecto a la legalidad del ejercicio, por parte de la Diputación Provincial de Ourense, de las actividades económicas de estudio, promoción y ejecución de actividades urbanísticas
- Manuel Marvizón de la Fuente
- 208 Informe con respecto al diseño básico de un servicio de asistencia a los municipios para la medición e inspección en materia de contaminación acústica
- Margarita Baleriola Salvo
- 211 Informe con respecto a la obligatoriedad de que el arquitecto municipal del Ayuntamiento de La Campana sea funcionario

### **Noticias bibliográficas**

- Antonio Descalzo González
- 217 Noticias bibliográficas

Con el presente número 25, la Revista *Cuadernos de Derecho Local* abre una nueva etapa. En el Patronato de la Fundación Democracia y Gobierno Local de 2 de diciembre de 2010 se aprobaron una serie de modificaciones en lo que afecta a la estructura de órganos de la citada Revista. En efecto, tradicionalmente (esto es, desde sus orígenes) la Revista había sido codirigida por el director de la Fundación Democracia y Gobierno Local y por el director de Publicaciones de esa misma entidad.

En la nueva estructuración organizativa de la Fundación, se procedió a la supresión de la Dirección de Publicaciones y a la inserción de tales funciones en el organigrama de la propia Fundación, acordándose igualmente que el director de la Fundación pasara a ejercer funciones de presidente del Consejo de Redacción (un órgano de nueva creación). Asimismo, en la citada reunión del Patronato de 2 de diciembre de 2010, se aprobó un Acuerdo en virtud del cual se proponía como director de la Revista *Cuadernos de Derecho Local* al catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, profesor Luciano Parejo.

Al margen del nombramiento del nuevo director de la Revista, se procedió igualmente a la creación de un Consejo de Redacción, habilitando al director de la Fundación para el nombramiento de aquellos miembros que lo sean en representación de los patronos de la Fundación (cuatro por un período de dos años), de dos magistrados de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la persona que ostente la Secretaría de la Fundación, que tendrá las funciones de coordinación del citado Consejo de Redacción de la Revista. Como miembro nato del Consejo de Redacción constará el antiguo director de Publicaciones de la Fundación.

Por otra parte, en el citado Patronato de 2 de diciembre de 2010, se acordó iniciar un proceso de indexación de la Revista, lo que conlleva, por un lado, atribuir a los miembros del Consejo Asesor-Editorial de la Fundación el cometido de evaluar los trabajos que se presenten para su publicación en la Revista, y, por otro, crear un Consejo de Evaluación en el que se inserten aquellos profesionales de prestigio que estén especializados en Derecho local. La Revista, en consecuencia, a partir del número 26 determinará la composición del citado Consejo Asesor-Editorial, y establecerá cuáles son los criterios objetivos que debe cumplir cualquier trabajo para su ulterior publicación.

El inicio de esta "nueva época" de la Revista *Cuadernos de Derecho Local* implica necesariamente un cambio, asimismo, en la estructura de la reiterada publicación. A tal efecto, la Revista se estructura en los siguientes epígrafes:

- a) Estudios
- b) Ponencias, crónicas y notas
- c) Jurisprudencia
- d) Documentos e informes jurídicos
- e) Noticias bibliográficas

La Revista, en cualquier caso, mantiene su objetivo inicial de ser un instrumento de consulta y estudio para aquellos operadores jurídicos que tienen al Gobierno local como centro de su atención. En efecto, la ya larga trayectoria

de la Revista y su consolidación como uno de los productos de referencia en el ámbito del Derecho local, obligan únicamente a llevar a cabo una serie de ajustes formales y materiales mínimos con el fin de mejorar la calidad del producto y hacerlo más útil, tanto para el colectivo de profesionales que trabajan al servicio de los Gobiernos locales como para los políticos locales, profesionales liberales, magistrados, profesores universitarios o investigadores que tienen al Gobierno local desde la perspectiva del Derecho como uno de los campos de especialización.

El producto resultante de esta “nueva época” pretendemos que sea una herramienta útil, de calidad científica contrastada, con una información actualizada y con vocación –insistimos– de servicio a todos aquellos que dedican su atención profesional al ámbito de los Gobiernos locales.

**Luciano Parejo Alfonso**

*Director del QDL*

**Rafael Jiménez Asensio**

*Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local*

---

# Los criterios de valoración de las ofertas en la selección del adjudicatario en el procedimiento abierto y restringido. La delimitación de la materia objeto de negociación en el procedimiento negociado

José Miguel Carbonero Gallardo  
Subdirector del CEMCI. Diputación de Granada

1. **Introducción. La importancia de los criterios de valoración**
2. **La configuración más reciente de los criterios: aspectos generales**
  - 2.1. Criterios de valoración admisibles
  - 2.2. El precio como criterio
3. **Los criterios de valoración en la Ley de contratos del sector público (LCSP). Diez aspectos a tener en cuenta**
4. **Criterios ambientales y sociales**
5. **Criterios de valoración en el procedimiento restringido**
6. **La materia objeto de negociación en el procedimiento negociado**

## Resumen

La importancia de los criterios en los procedimientos de contratación pública es máxima, porque se erigen en el elemento clave para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, por comparación entre todas las ofertas competidoras. Este trabajo analiza con detalle cuál es el régimen jurídico de los criterios en la Ley de contratos del sector público, desgranando todas las previsiones de esta Ley al respecto, y haciéndolo a la luz de las doctrinas jurisprudencial (española y europea) y consultiva. Además, el trabajo ofrece un enfoque muy próximo a la realidad práctica desde el punto de vista de la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de la utilización de los criterios, y de la delimitación de la materia objeto de negociación, según los distintos tipos de procedimientos: abierto, restringido, diálogo competitivo y procedimiento negociado.

Palabras clave: *Ley de contratos del sector público; procedimientos de contratación pública.*

## Abstract

*The criteria taken into account in the public contract processes are the key factor in order to choose the best offer in economic terms among all the offers presented. This article examines in detail the legal status of these criteria in the context of the Public Contract Law. It studies all the sections of this Law taking into account the case law (both Spanish and European) and consultative doctrine. Moreover, this article is directly related to the day-to-day legal practice because studies all the issues from the standpoint of the specific administrative covenants of the public contract, the utilisation of the mentioned criteria and the object of the negotiation in the context of all the processes: open, restricted, competitive dialogue and negotiated.*

Key words: Public Contract Law; public contract processes.

## 1. Introducción. La importancia de los criterios de valoración

El título de este epígrafe raya lo obvio o elemental en materia de contratación pública, pero no está de más empezar recordando lo más básico de una materia, aunque, como en este caso, el público al que uno se dirige sea de especialistas muy avezados en la adjudicación de contratos.<sup>1</sup>

Por eso he querido comenzar llamando la atención sobre la relevancia que tienen los criterios, relevancia que los delata como la esencia o el factor clave de la adjudicación de los contratos. Esa importancia no es, desde luego, nueva desde la Ley de contratos del sector público (LCSP). En absoluto ello es así; al contrario, desde el origen de las licitaciones los criterios han sido la clave de la contratación, aunque según las normas vigentes se les haya denominado de diversas formas: desde 2007 criterios de valoración, pero anteriormente criterios objetivos, circunstancias a tener en cuenta para la adjudicación del contrato, o del modo más directo y sencillo: precio más bajo. En cualquier caso los criterios son siempre el tamiz a través del que la Administración separa la oferta adjudicataria de todas las demás que han participado en el casi siempre largo camino del procedimiento administrativo de contratación.<sup>2</sup>

De todo el procedimiento de adjudicación, ese puede ser el trámite fundamental, pues nos determina

cuál va a ser considerada la oferta económicamente más ventajosa.

Actualmente es ese el concepto que utilizamos: oferta económicamente más ventajosa.<sup>3</sup> Se trata de un concepto jurídico indeterminado,<sup>4</sup> a concretar en cada caso o en cada procedimiento, y para cuya concreción nos valemos precisamente de los criterios de valoración. De ellos, y solo de ellos, pues, como tienen reiteradamente declarado los tribunales, la adjudicación del contrato o la declaración del procedimiento como desierto han de basarse en los criterios, y no en cualquier otra consideración.<sup>5</sup>

La referencia a los criterios que previamente han sido aprobados, y la publicación en el pliego de cláusulas administrativas, son elementos fundamentales para la seguridad jurídica en la adjudicación del contrato. No son los únicos, puesto que habría que analizar otros aspectos más de fondo, como cuál es la tipificación concreta de los criterios y cómo se efectúa la operación material de valoración. Pero, sin lugar a dudas, de entrada es esencial el establecimiento previo y publicidad de los criterios a los que ha de ceñirse posteriormente el órgano de contratación.<sup>6</sup> Como he dicho con más detalles,<sup>7</sup> el alejamiento de los criterios marca la diferencia entre la discrecionalidad técnica permitida en contratación pública, y la arbitrariedad prohibida por el derecho y sancionada por los tribunales.<sup>8</sup>

1. Este trabajo se corresponde con la ponencia presentada en el Seminario de Contratación Pública organizado por la Diputación de Zaragoza durante los días 7 y 8 de octubre de 2010.

2. Normalmente me referiré a la contratación administrativa por ser la que, a mi juicio y a día de hoy, sigue siendo la principal referencia en la contratación pública española.

3. Concepto también procedente del derecho comunitario, pero ya largamente utilizado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, en su sentencia de 2 de marzo de 1990). Aunque, como ha señalado José Antonio MORENO MOLINA ("La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público", dentro de *El derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2008, p. 59) y es justificado en la propia Exposición de Motivos, la LCSP ha adoptado un concepto más amplio de oferta económicamente más ventajosa que el de la Directiva 18/2004, porque en esta última el concepto se refiere a la utilización de una multiplicidad de parámetros de valoración, mientras que la LCSP engloba también el criterio del precio más bajo.

4. Por ejemplo, STS de 13 de junio de 2000.

5. Ver, por ejemplo, la STS de 18 de febrero de 2002 o la de 14 de octubre de 1999. Esta última expresaba que "... la Ley... ordena al órgano de contratación acordar la adjudicación de conformidad con los criterios básicos que se hayan establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El Ayuntamiento recurrente, por tanto, debió tomar en cuenta las condiciones de preferencia que se fijaban en la cláusula 17.<sup>a</sup> para verificar la adjudicación del contrato de autos. Por ello es acertado el criterio de la sentencia de instancia al exponer, como uno de los motivos que determinan su decisión, que los argumentos vertidos por los corporativos de la Comisión Municipal Informativa no se atienen a los seis criterios básicos establecidos en la cláusula 17.<sup>a</sup> del Pliego de Condiciones".

6. Ver también la más reciente STS de 12 de marzo de 2008.

7. CARBONERO GALLARDO, J. M.: *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2010.

8. En este sentido resulta obligado y ya clásico recordar la STJCE de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, en la que el Tribunal expresaba que no es contraria al derecho comunitario de la contratación pública la atribución de una facultad de apreciación con el fin de comparar las distintas ofertas y seleccionar la más ventajosa, mediante criterios de selección previstos previamente. Pero lo que sí es rechazable es la existencia en manos de los poderes adjudicadores de una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a uno u otros licitadores.

## 2. La configuración más reciente de los criterios: aspectos generales

He apuntado más arriba que los criterios no son un elemento de nuevo cuño. Son tan antiguos como la propia contratación, y como ocurre con cualquier institución, han evolucionado desde su origen hasta el régimen jurídico actualmente vigente, el de la LCSP.

No voy aquí a remontarme mucho en el tiempo (lo he hecho en mi obra ya citada); fundamentalmente voy a analizar cuáles son los caracteres más importantes de los criterios en la LCSP, tratando de poner de relieve algunas cuestiones que pueden resultar problemáticas.

Pero sí es conveniente al menos recordar que, respecto a los criterios, nuestras leyes recientes han detallado mucho más sus perfiles, y lo han hecho según el trazo definido en primer término por el derecho comunitario y después también por la jurisprudencia y por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Dicho de forma resumida, desde la regulación originaria de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), teniendo en cuenta la importante reforma de la Ley 53/1999,<sup>9</sup> hasta la LCSP, se ha ido acotando la forma de utilización de los criterios (me refiero a su previsión formal en el pliego), buscando una optimización de su uso con la introducción de fases en la selección del adjudicatario, y aprovechándolos como instrumentos para políticas de interés general.

### 2.1. Criterios de valoración admisibles

Antes los artículos 87 LCAP y 86 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), y ahora el 134 LCSP, ofrecen una lista amplia de criterios. Ya es bien sabido que esa serie de criterios que presenta la Ley tiene carácter ejemplar y no taxativo, carácter que procede también del derecho comunitario; y ese cariz fue corroborado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA).<sup>10</sup> En la versión vigente, el artículo 134.1 LCSP ha ampliado y

actualizado el listado, estableciendo: "Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes". Volveremos sobre este precepto con relación a otras cuestiones.

Pero lo que no debemos perder de vista es que la primera línea del artículo 134.1 marca un límite material importantísimo para los criterios, porque nos dice que estos han de estar "directamente vinculados al objeto del contrato". Luego esa pauta no debe ser olvidada a la hora de tipificar los criterios en el pliego. De hecho, es esta seguramente la premisa más importante a tener en cuenta, y es doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), de nuestros tribunales españoles y de la JCCA la consideración de que no pueden utilizarse los medios de acreditación de solvencia (que operan en la fase inicial de la licitación y tienen la finalidad de determinar la capacidad económica y técnica de las empresas) como criterios de valoración de las ofertas (que operan en un momento posterior). Es decir, la selección de la oferta económicamente más ventajosa debe basarse en el objeto del contrato y de la prestación ofrecida, y no en el sujeto ofertante.

A partir de aquí, cabe la formulación de un número ilimitado de criterios por parte de los órganos de contratación. Conviene, eso sí, conocer la doctrina

9. Inicialmente el artículo 87.2 LCAP estableció: "Los criterios a que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya...". A esas mínimas pautas, la Ley 53/1999 añadió la posibilidad de "concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el procedimiento selectivo".

10. Por ejemplo, en su informe 28/1995, de 24 de octubre: "el propio artículo señala una serie de criterios, entre los que figura el precio, precedidos por la expresión 'tales como' y haciendo alusión a 'otros semejantes', lo que viene a demostrar que su enumeración ni es exhaustiva (pueden existir otros criterios objetivos) ni obliga a incluir necesariamente todos los que menciona en un determinado concurso...".

jurisprudencial y de las JCCA, porque han tenido muchas ocasiones de pronunciarse sobre criterios concretos incluidos en pliegos y que posteriormente han sido impugnados por subjetivos o discriminatorios. No puedo aquí extenderme en el repaso de esa doctrina y me remito a mi trabajo anteriormente citado.<sup>11</sup> Pero al menos sí quiero mencionar algunos pronunciamientos de especial interés.

Como regla general, hay que saber que las características de las empresas son aspectos subjetivos y no objetivos, por lo que deben ser utilizadas en la fase inicial de selección y no en la de adjudicación del contrato. La JCCA ha insistido en numerosos informes sobre este particular,<sup>12</sup> y, partiendo de la doctrina del TJCE (recordemos fundamentalmente la sentencia *Beentjes*), ha distinguido entre criterios de selección cualitativa y criterios de adjudicación. En palabras del informe JCCA 37/01, de 9 de enero de 2002, "... en los procedimientos abiertos, en la fase de selección de contratistas deberán utilizarse los medios acreditativos de la capacidad y solvencia de las empresas, en definitiva características de la propia empresa,... y en la fase de adjudicación los criterios objetivos enumerados en el artículo 86,... los medios personales y materiales deben considerarse requisito de solvencia del contrato, por lo que la posibilidad de utilización como criterios de adjudicación o de valoración de las ofertas en un concurso de los medios personales o materiales que son concretamente ofertados para la ejecución de la prestación, de forma que se integran específicamente en la oferta como elementos de la misma, debe ponerse en relación con lo señalado en los informes de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa... respecto a la posibilidad de utilizar como criterios de adjudicación en los concursos las denominadas 'características de las empresas'..."

No obstante esa importante pauta, según la JCCA sí es admisible que el pliego incluya como criterio de adjudicación un mayor número de elementos persona-

les y materiales que los exigidos con carácter mínimo como requisito de solvencia.<sup>13</sup> Porque lo que es inadmisibles en todo caso es la valoración de las mismas circunstancias en ambas fases de la contratación: selección del empresario y adjudicación del contrato.<sup>14</sup>

Bajo estas premisas, la JCCA ha rechazado la validez, como criterios de adjudicación de los índices de siniestralidad laboral (informe 11/99, de 30 de junio), de aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales (informe 42/06, de 30 de octubre), o del grado de estabilidad en el empleo (informe 5/02, de 13 de junio).

En cuanto a la reducción del plazo de ejecución del contrato, solo es admitida como criterio de adjudicación por la JCCA cuando la reducción resulte de interés público, de forma que no debe incluirse dicho criterio en un pliego de cláusulas administrativas particulares cuando la reducción del plazo de ejecución sea indiferente a los intereses de la Administración (informe 29/1998, de 11 de noviembre).

Como es natural, también el Tribunal Supremo ha tenido ocasiones de pronunciarse sobre criterios de adjudicación. Me parece muy interesante la STS de 22 de marzo de 2002, en la que se analizan algunos de ellos. Pero en particular, merece la pena conocer esa sentencia conjuntamente con la de 12 de enero de 2001, porque abordan el criterio de proximidad geográfica. Esta última consideró que el pliego vulneraba el principio de igualdad, porque tanto los criterios de solvencia como los objetivos para la adjudicación otorgaban unas puntuaciones exageradamente superiores a la circunstancia de radicar las empresas en la Comunidad Autónoma, y aún más en la provincia del órgano de contratación, sin que ello estuviera respaldado por una justificación sólida. Para el Tribunal Supremo, esa puntuación desproporcionada e injustificada suponía, en la práctica, la exclusión de empresas en las que no concurría el suficiente grado de vinculación territorial local, ocasionando así un claro trato discriminatorio y contrario a la exigencia de igualdad

11. También, aunque anterior en el tiempo, *Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*, Ed. CEMCI, Granada, 2003.

12. Por ejemplo, los informes 22/1994, de 16 de diciembre, 28/1995, de 24 de octubre, 53/1997, de 2 de marzo de 1998, 36/2001, de 9 de enero, 45/2002, de 28 de febrero de 2003.

13. En el informe 59/04, de 12 de noviembre, razona que ello no contradice ni las directivas comunitarias, ni la doctrina del TJCE, ni la normativa española de contratación pública.

14. La JCCA expresó esta idea en sus informes 41/05, de 26 de octubre, y 4/06, de 20 de junio. En el caso concreto del primero de ellos, aclaró la Junta Consultiva estatal que "en los contratos de suministro de vestuario y determinado material policial a celebrar por la Dirección General de la Guardia Civil, determinadas características de las muestras exigidas pueden utilizarse como criterios de solvencia técnica y otras distintas de las mismas muestras, como reflejo de la calidad, como criterios de adjudicación siempre que ambos tipos de criterios sean objeto de la debida publicidad en los pliegos o en los anuncios".

en la contratación pública. Por eso, una valoración tal de este criterio solo debe admitirse cuando se justifique que la proximidad geográfica efectivamente incide en una mejor ejecución del contrato, y en ese sentido la STS de 22 de marzo de 2002 admitió que el órgano de contratación otorgara prioridad a las proposiciones por razón de su proximidad geográfica al lugar de ejecución del contrato, "... pues la mayor valoración de esa proximidad no solo no es arbitraria, sino que responde a la razonable justificación de que es un factor que puede contribuir a una mejor prestación del servicio".

Especial atención merece la utilización de la experiencia como criterio de adjudicación. La experiencia puede ser el mejor paradigma de uso incorrecto de criterios de selección cualitativa si se incluye como criterio de adjudicación. Es muy amplio el repertorio de doctrina jurisprudencial y consultiva suscitado en los últimos años con relación a la polémica utilización de la experiencia. Desde luego, la prohibición de la experiencia del empresario como criterio de adjudicación tiene también origen en el derecho comunitario, de manera que el Tribunal Supremo<sup>15</sup> y la JCCA<sup>16</sup> han insistido en que no es admisible utilizarla como criterio de adjudicación, porque es un requisito de solvencia cuyo lugar es la fase inicial del procedimiento selectivo. No obstante, yo creo que este debate no está cerrado. Además de la posibilidad de valorar como criterio de adjudicación una mayor experiencia que la exigida como mínima en concepto de criterio selectivo (recordemos aquí lo dicho por el informe 59/04, de 12 de noviembre, de la JCCA estatal), creo que hay que reflexionar sobre si no es más restrictivo de la concurrencia el mantener la experiencia como elemento de solvencia, o el permitir que la experiencia únicamente suponga un plus de puntuación a la hora de decidir la adjudicación de los contratos. Con esta reflexión no quiero

animar a transgredir la que hasta ahora es la correcta interpretación jurisprudencial de la cuestión: seguramente la mejor forma de ponderar la experiencia empresarial para la adjudicación de los contratos, sin infringir esa doctrina, es una óptima utilización del procedimiento restringido o incluso del procedimiento negociado, efectuando la invitación previo análisis serio de la capacidad de las empresas. Pero estas soluciones adolecen de la agilidad que necesitan los órganos de contratación.

## 2.2. El precio como criterio

El precio es el criterio por excelencia. Lo ha sido desde el origen de las licitaciones públicas y actualmente lo sigue siendo. Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo (artículo 134.1 LCSP);<sup>17</sup> cuando se utilice más de un criterio, la Ley no obliga expresamente a que el precio sea uno de ellos, aunque conforme a la doctrina de la JCCA debe considerarse excepcional la ausencia del precio como criterio de adjudicación, y esa posibilidad debe ser motivada.<sup>18</sup>

Desde luego, ya se utilicen uno o varios criterios, no es lícito rechazar automáticamente ninguna propuesta como anormalmente baja sin proceder previamente a la comprobación de su viabilidad.<sup>19</sup>

Como es sabido, cuando se utilizan varios criterios, el precio no siempre se formula como el más bajo (como sí está claramente dispuesto por la Ley en el caso de único criterio). Es frecuente en esos procedimientos configurar el criterio del precio bajo otras formulaciones. Por eso es también interesante conocer el informe 8/97, de 20 de marzo, de la JCCA en el que advertía que si dichas fórmulas de valoración del precio no hubieran sido detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, no sería admisible que la

15. Por ejemplo, en su sentencia de 27 de febrero de 2001 y en la de 24 de septiembre de 2008.

16. En ese sentido, por ejemplo, los informes 13/98, de 30 de junio, 22/00, de 6 de julio, o 51/05, de 19 de diciembre.

17. La Ley lo dice ahora así porque no quiere hablar de "subasta", y en lugar de llamarla por su ancestral nombre la denomina "procedimiento con un único criterio de adjudicación".

18. En su informe 28/95, de 24 de octubre, explicaba la JCCA que "... se entiende que la posibilidad que tiene el órgano de contratación de excluir el precio como criterio para la adjudicación de contratos por concurso debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión, sobre todo si se tiene en cuenta el juego que puede proporcionar el propio artículo 87 en orden a la necesidad de indicar los criterios por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, que, en determinados supuestos y en relación con el precio puede ser mínima, sin llegar a la total exclusión de dicho criterio".

19. Esto es procedente del derecho comunitario (Directiva 93/37/CEE), y plenamente asumido y reiterado por nuestra jurisprudencia y doctrina consultiva, por lo que tampoco le dedicaré aquí más atención.

valoración otorgue mayor puntuación a ofertas de precio superior y viceversa.<sup>20</sup>

En ese mismo sentido, tiene mucho interés para mí la sentencia del Tribunal Administrativo de Navarra de 27 de junio de 2006.<sup>21</sup> Esta sentencia rechazó la valoración del precio por parte de la Mesa de contratación mediante una fórmula no reflejada previamente en el pliego, y que contradecía todo el sentido de la proporcionalidad que pudieran esperar los licitadores. La sentencia declaró nula la adjudicación del contrato y también el derecho de la recurrente a la adjudicación. En concreto, el pliego describía así el criterio del precio: “la oferta económica se valorará de forma proporcional, asignando la mayor puntuación a la oferta más barata”. Según la valoración que efectuó la Mesa de contratación, entre la oferta más económica y la más cara tan solo hubo 1,63 puntos de diferencia. En términos monetarios, la recurrente rebajó el precio máximo en 174.000 euros y la adjudicataria tan solo en 20.792 euros. Sin embargo, a la primera se le concedieron 19,92 puntos y a la segunda 18,46; esto es, tan solo una diferencia de 1,46 puntos. A la vista de esta aplicación del criterio, el Tribunal expuso, entre otros y resumido por nosotros, que “la Mesa de contratación debería haber ponderado con mayor acierto el esfuerzo realizado por algunos licitadores, que han rebajado más del 8% del precio máximo, entre ellos la entidad recurrente, frente a otros que lo han rebajado simbólicamente y que apenas merecían premio o beneficio alguno por tal rebaja... Y evidentemente, cuando en un pliego se alude a repartir proporcionalmente hasta 20 puntos se está pidiendo a los licitadores que realicen un esfuerzo para rebajar sus precios logrando mayor puntuación y distinguiéndose de sus competidores menos económicos, sin que sea legítimo que la Mesa de contratación desvirtúe el criterio económico hasta el extremo de hacerlo inoperante, en contra de las bases del concurso, y gravemente perjudicial para aquellos que sí han demostrado un mayor mérito haciendo rebajas sustanciales. Aunque el precio en un concurso tenga distinto valor que en las subastas para la adjudicación del contrato, no es posible negar el valor que la convocatoria le haya atribuido a tal criterio, en este caso, ese valor es de un 20% sobre el total

de la valoración de todos los distintos capítulos, y la puntuación debe otorgarse como dice la convocatoria, sin ponderaciones artificiosas e injustas”.

Y en realidad, todos estos fundamentos lo que nos dejan claro es que no se debe formular el criterio del precio de manera que quede desnaturalizado y sea irrelevante en el conjunto de criterios que se hayan establecido para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Esta idea no es otra que la que formuló ya hace tiempo la Comisión Europea en Dictamen de 23 de diciembre de 1997. A mí me parece que los argumentos de ese Dictamen fueron muy acertados (aunque la fuerza obligatoria del mismo sea limitada), porque mostraban bien que la utilización de varios criterios lo que hace es conjugarlos a todos, y que de esa conjugación ha de salir la oferta económicamente más ventajosa; de esa manera, matizar la valoración del precio lo que hace es volver irrelevante este criterio dentro del conjunto de todos los establecidos en el pliego. La Comisión lo expresaba así: “la opción de la oferta económicamente más ventajosa supone combinar varios criterios teniendo en cuenta las propuestas que mejor cumplen cada uno de ellos y ponderándolos, a poder ser de acuerdo con unos coeficientes previamente establecidos. Otra cosa es que, una vez aplicados los coeficientes, la oferta resultante como más ventajosa desde un punto de vista económico no sea la más barata, ni la mejor técnicamente, ni la que mejor servicio técnico ofrezca, sino la que combine de forma óptima el conjunto de criterios. Pero lo que no se entiende, salvo que el poder adjudicador esté haciendo un juicio de valor sobre las ofertas más bajas, eludiendo así las disposiciones del artículo 37 de la Directiva 92/50/CEE, es que, en la valoración de un determinado criterio, en este caso el precio, no se puntúe la mejor oferta, sino la más mediana, de la misma manera que no se entendería que bajo el criterio técnico se prefiriese la solución técnica más próxima a todas las demás, en vez de la mejor, o en el capítulo del plazo, la oferta que tardase lo que el promedio de las otras y no la más rápida”.

Y es posible la utilización como criterio de adjudicación no solo del precio como tal, sino también de aspectos relacionados con él con tal de que sean objetivos,

20. Utilizando las mismas palabras de la JCCA, “no pueden utilizarse fórmulas distintas a aquellas que atribuyan una puntuación superior a las ofertas de precio inferior y una puntuación inferior a las ofertas de precio superior, sin perjuicio de la posible utilización de fórmulas que no produzcan este resultado, cuando figuren expresamente en el pliego”.

21. Confirmada después por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de Pamplona, en fecha 22 de febrero de 2008.

como la fórmula de revisión del precio o los índices o sistemas de revisión (ver, sobre esta cuestión, el informe JCCA 45/96, de 22 de julio).

Especialmente conflictivas han resultado también durante mucho tiempo las cuestiones relacionadas con el precio y los convenios colectivos en determinados sectores. Sobre estas cuestiones pueden consultarse los informes de la JCCA 34/99, de 12 de noviembre, 34/01, de 13 de noviembre, 26/03, de 17 de noviembre, 53/04, de 12 de noviembre, 25/06, de 20 de junio, o 50/07, de 29 de octubre.<sup>22</sup>

### 3. Los criterios de valoración en la Ley de contratos del sector público (LCSP). Diez aspectos a tener en cuenta

Ya he adelantado algunas de las previsiones de la LCSP con relación a los criterios de valoración de las proposiciones. Ahora voy a analizar de lleno esta regulación vigente. Está contenida principalmente en el artículo 134, que sistemáticamente se ubica en las Normas generales (Sección 1.ª) del Capítulo I, Título I, del Libro III.

La LCSP no aumenta la importancia de los criterios de valoración; no puede hacerlo porque su importancia es máxima. Hemos insistido en ello desde el principio aunque raye en lo obvio: los criterios y su aplicación son la clave de la adjudicación del contrato. Lo que sí hace la LCSP con relación a los criterios es presentar una regulación más amplia, abrir paso a los criterios sociales y ambientales, y amplificar la importancia nominal del término.

Empezaré por esto último, porque para mí es lo menos relevante. La LCSP parece otorgar más importancia a los criterios, pero como he dicho, esto es materialmente imposible. Pero nominalmente, ahora en lugar de hablar de formas de adjudicación (subasta y concurso), debemos hablar de la utilización de un solo criterio o de la utilización de más de uno.

El artículo 134 es un extenso precepto (como tantos otros en la LCSP), del que yo extraería con carácter preliminar estos diez requisitos, caracteres o pautas de utilización, que ayudan a sistematizar las previsiones de la LCSP que debemos tener en cuenta con relación a los criterios de valoración (unos de carácter formal

y otros de carácter material, y, desde luego, no todos ellos novedosos):

#### 1) Han de ser determinados por el órgano de contratación (134.2)

Como sabemos, en las entidades locales el órgano de contratación puede serlo el alcalde o presidente, el Pleno, la Junta de Gobierno Local o la Junta de Contratación, en su caso, todo ello conforme a la Disposición adicional segunda de la propia LCSP. Como pautas básicas establecidas por la Ley para la elección de los criterios, nos quedaremos ahora solo con la exigencia de que los criterios estén directamente vinculados con el objeto del contrato, y no sean en realidad circunstancias referidas a cualidades subjetivas del empresario, en los términos que he expuesto más arriba. Es decir, hay que insistir en que no debemos confundir los criterios de aptitud con los de adjudicación del contrato.<sup>23</sup> Después hablaré de alguna otra pauta.

#### 2) Detallados en el anuncio (criterios elegidos y su ponderación) y en el pliego de cláusulas administrativas particulares (o en el documento descriptivo en el caso del diálogo competitivo) (134.2).

La publicidad de los criterios es esencial: la publicidad de las licitaciones garantiza la concurrencia, y la de los criterios garantiza en particular la seguridad jurídica de los participantes. La LCSP aportó algunas novedades sobre la publicidad de los criterios: en primer lugar los criterios deben publicarse ya no solo en los pliegos (o documento descriptivo en el caso del diálogo competitivo), sino también en el anuncio de licitación (artículo 134.2 y 5). Y, además, la LCSP eliminó la exigencia de que los criterios aparezcan por orden decreciente de importancia, lo que solo es obligatorio ahora en aquellos casos, debidamente justificados, en que no sea posible establecer su ponderación (134.3). Sobre esta última posibilidad hablaré más adelante.

Este carácter esencial de la publicidad de los criterios ha sido declarado por el TJCE en sentencias como la ya citada de 24 de enero de 2008 (Lianakis) o la de 24 de noviembre de 2005 (Viaggi di Malo y otros). Estas sentencias tienen un enorme interés; en el caso

22. Hemos tratado la cuestión con detalle en nuestras obras citadas, en particular en la más reciente: *La adjudicación de los contratos públicos...*, op. cit., p. 297 y ss.

23. Por citar solo una referencia jurisprudencial más sobre esta cuestión, la STJCE de 24 de enero de 2008 (Lianakis).

enjuiciado, aunque tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios habían sido fijados previamente y publicados en el pliego, la entidad adjudicadora fijó posteriormente los coeficientes de ponderación de los subcriterios. El Tribunal de Justicia admite este proceder siempre que se cumpla con tres condiciones muy precisas, y detalladas así: que no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego o en el anuncio; que no se incorporen elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación, y que no haya sido adoptada la decisión final teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

**3) Si se utiliza un solo criterio, este ha de ser necesariamente el del precio más bajo (134.1)**

Como ya he dicho antes, la utilización de un solo criterio queda reservada para el precio más bajo. No para el precio valorado de cualquier forma, sino para el precio más bajo. El Tribunal Supremo y la JCCA<sup>24</sup> habían dicho algunas veces que, en los concursos, los criterios selectivos habían de ser varios como regla general, de forma que si excepcionalmente se utilizaba un solo criterio, ello debía justificarse expresamente por el órgano de contratación. Y es lógico pensar que el precio debe interesar normalmente a la Administración en todos los procedimientos de contratación que desarrolle.

**4) La valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de una serie de contratos enumerados por el artículo 134.3**

El órgano de contratación tiene la posibilidad de usar uno o varios criterios de valoración. Para esa opción no hay muchas pautas orientativas en la propia Ley, pero el artículo 134.3 establece una serie de contratos en los que particularmente procede la utilización de más de un criterio.<sup>25</sup> Estos supuestos recuerdan claramente a los previstos antes de la LCSP para el concurso.

**5) Cuando se tome en consideración más de un criterio, estos deberán ponderarse. Si esa ponderación no es posible por razones debidamente justificadas, los criterios deben enumerarse por orden decreciente de importancia (134.4)**

La ponderación de los criterios es fundamental. La posibilidad de que los criterios no aparezcan ponderados en el pliego debería ser excepcional; de hecho esa posibilidad es una novedad de la LCSP. La falta de ponderación de los criterios de valoración a lo que recuerda es al procedimiento negociado. Y aunque es cierto que a veces resulta difícil ponderar los criterios, es un esfuerzo al que habitualmente están acostumbrados los gestores de la contratación pública, pero que contribuye mucho al control de la objetividad de la adjudicación, y por ende a la seguridad jurídica de los licitadores.

La ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada, y, tal como se introdujo en la reforma de la Ley 53/1999, se man-

24. Por ejemplo en la STS de 11 de mayo de 1999 y en el informe 28/95, de 24 de octubre.

25. Los supuestos son estos:

"a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.

"b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.

"c) Aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

"d) Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

"e) Contratos de gestión de servicios públicos.

"f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

"g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

"h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos".

tiene en la LCSP la posibilidad de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, en cuyo caso "se indicará igualmente en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo".

**6) Se dará preponderancia a los criterios que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos (134.2)**

Ya he dicho que, en principio, el artículo 134 solo exige que los criterios elegidos estén directamente vinculados con el objeto del contrato, y sabemos también que esos criterios no deben producir efectos discriminatorios ni ser en realidad aspectos subjetivos o criterios de aptitud de los empresarios de los que se aprecian en la fase previa de selección.

Sin embargo, he escrito antes que la LCSP ofrece una pauta más que, hasta ahora, no constaba en las normas que la han precedido.<sup>26</sup> Se trata de una pauta para limitar la discrecionalidad administrativa cuando se adjudica utilizando varios criterios (es decir, la discrecionalidad característica del concurso). Nos situamos ahora en el segundo párrafo del artículo 134.2, que expresa imperativamente: "En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos". Como dije en aquel otro lugar, este párrafo distingue entre criterios cuya valoración es más objetiva porque depende de la aplicación de fórmulas, y otros criterios "menos objetivos" porque su valoración resulta de un juicio de valor. Parece, por ello, que el legislador pretende que en la adjudicación del contrato predominen criterios lo más objetivos posibles, y en cuya aplicación no quepa un margen exagerado de discrecionalidad. Sin embargo, esta orientación no es neta en el conjunto de estos preceptos, y veremos que en ellos hay otras previsiones que la desdibujan.

Como acabo de apuntar, el artículo 134.2 LCSP distingue dos tipos de criterios: los que se valoran de forma prácticamente automática mediante la aplicación

de fórmulas, y aquellos otros cuya valoración implica un juicio de valor aunque esta circunstancia no les quita su condición de criterios objetivos (referidos al objeto del contrato).<sup>27</sup> Esa distinción tiene importancia porque traza la divisoria entre lo reglado y lo discrecional en la adjudicación en procedimientos con más de un criterio.

**7) En caso contrario, si la mayor ponderación se ha atribuido a los criterios cuya cuantificación depende de juicios de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, o encomendarse esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos (134.2)**

La preferencia por los criterios "más objetivos" no es neta o absoluta en la LCSP, como acabo de decir, a pesar de la redacción en forma imperativa del segundo párrafo de su artículo 134.2. Inmediatamente el propio precepto relativiza la obligación de dar preponderancia a ese tipo de criterios, y trata de sujetar la objetividad con un par de medidas correctoras. Para ello dispone la constitución de un comité de expertos, o la encomienda de la evaluación a un organismo técnico especializado, para los criterios cuya cuantificación depende de juicios de valor cuando estos tienen una ponderación mayoritaria en el pliego.

Esta fue una de las cuestiones más polémicas entre los aplicadores de la LCSP tras su aprobación. De hecho, y ante las muchas dudas que planteaba, la primera medida de precaución adoptada por muchos órganos de contratación fue la de que, en ningún pliego, los criterios cuya valoración dependía de un juicio de valoración recibieran más del 49 o 50% de ponderación. Se evitaba así la constitución del comité de expertos o el encargo al organismo técnico especializado.

Posteriormente, el Real decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de contratos del sector público (RPLCSP), ha dedicado a esto un Capítulo específico (Capítulo IV, artículos 25 a 30, ambos inclusive). Respecto a la composición del comité, el artículo 28 exige que sus miembros sean tres, como mínimo, y que cuenten con la cualificación profesional

26. CARBONERO GALLARDO, J. M.: *La adjudicación de los contratos públicos...*, op. cit., p. 432 y ss.

27. No pueden ser de ninguna manera criterios subjetivos como los califica despidadamente el artículo 174.1.a) LCSP.

adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración. Además, y siempre que sea posible, los miembros del comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante, no pudiendo en ningún caso estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato.<sup>28</sup> En el caso del comité de expertos, el pliego de cláusulas administrativas particulares ha de contener o bien su designación concreta, o el procedimiento para determinarlos; no así en el caso de que se opte por encargar la valoración de esos criterios a un organismo técnico especializado, en cuyo caso debe figurar la designación concreta en el pliego y también en el perfil de contratante. En este último, en el perfil de contratante, debe publicarse en cualquier caso la designación concreta antes de la apertura de los sobres correspondientes a estos criterios dependientes de juicios de valor (artículo 29 RPLCSP). Se trata, como parece obvio, de dar transparencia a la valoración, para lo que también los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben identificar los criterios que han de someterse a valoración por el comité de expertos o por el organismo especializado, y el plazo en que estos deberán efectuar la valoración y los límites, máximo y mínimo, en que esta deberá ser cuantificada (artículo 30.1 RPLCSP).

La comunicación a los interesados de la valoración asignada a estos criterios, tendrá lugar como regla general en el acto de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública (artículo 30.3 RPLCSP).

**8) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables, mediante la mera aplicación de las fórmulas, se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello (134.2)**

Esa distinción en razón de la objetividad de unos u otros criterios tiene también unos claros reflejos procedimentales. Además de la expuesta en el apartado anterior, el artículo 134.2 ordena en su último párrafo

algo que ya antes de la LCSP era usual en la práctica de muchos órganos de contratación: que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables, mediante la mera aplicación de fórmulas, se realice tras efectuar previamente la de aquellos criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. La JCCA ha razonado que, en todo caso, deberá hacerse de forma que se asegure el secreto de la oferta económica hasta el momento en que proceda su apertura (informe 62/08, de 2 de diciembre).<sup>29</sup> Previamente, y como primera exigencia formal, la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse en sobre independiente del resto de la proposición, con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos (artículo 26 RPLCSP).<sup>30</sup>

La apertura de los sobres con la documentación relativa a criterios ponderables en función de juicios de valor, y solo estos por ahora, se llevará a cabo en un acto público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa (la del artículo 130.1 LCSP). Esto lo dispone el artículo 27 RPLCSP, que también pretende evitar que los plazos se vayan dilatando, y exige que, siempre que sea precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación administrativa, la Mesa concederá para efectuarla un plazo inferior a esos siete días al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él [plazo de subsanación que no podrá ser superior a tres días hábiles, porque lo ordena así el artículo 81.2 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP)].

**9) En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo (134.4)**

Ya dije que esta posibilidad de articulación en fases tiene su origen en las directivas comunitarias, y

28. Ver el informe JCCA 34/09, de 25 de septiembre, con relación a lo que debe entenderse por órgano proponente de la celebración del contrato. También el informe 21/09, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

29. Aunque la consulta lo era con relación a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, considero que el razonamiento es también aplicable a los contratos de la LCSP.

30. Ver también sobre esta cuestión el recién citado informe JCCA 62/08, de 2 de diciembre.

que fue introducida en nuestro derecho interno por la Ley 53/1999. Es lógico en pro de la transparencia y objetividad que, si se hace uso de esa posibilidad, el licitador conozca qué criterios se aplicarán en cada fase y el umbral mínimo exigido para superar cada una de estas.

**10) Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afectan a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 206.h) (134.6)**

En último lugar, pero de gran importancia para mí, hay que tener en cuenta el sexto apartado del artículo 134. Es muy oportuno que la LCSP nos recuerde esta posibilidad que tiene el órgano de contratación. Y digo que nos la recuerde, porque esta posibilidad siempre ha estado en manos de la Administración contratante: según el régimen jurídico de la resolución de contratos administrativos, bastaba con tipificar esa circunstancia como causa específica de resolución para que pudiera ser invocada y aplicada. Sin embargo, con la premura con la que normalmente se elaboran los pliegos de cláusulas administrativas particulares, era fácil olvidar su inclusión en el clausulado. Por eso veo bien que la propia Ley nos recuerde e insista en el uso de esta posibilidad para reforzar la seriedad a la hora de ofertar; y es que la práctica demuestra que, a veces, en la adjudicación de contratos resulta determinante algún aspecto muy atractivo de la proposición, gracias al cual esta obtiene una elevada puntuación en ciertos criterios, sin que aquel

aspecto llegue después a ser cumplido por el contratista, burlando así tanto a la Administración como a los demás licitadores.<sup>31</sup>

Lo que no me parece correcto es que este precepto admita que las penalidades se establezcan bien en el pliego, bien en el contrato. El lugar correcto es el pliego de cláusulas administrativas particulares, porque es en ese momento preliminar cuando el empresario debe conocer con toda claridad que su proposición ha de ser seria y cuidadosamente estudiada, para no ofrecer alegremente lo que después no pueda cumplir. Desde ese momento preliminar, debe conocerse la importante regla de juego de que se me va a exigir rigurosamente lo que he ofertado, y las consecuencias que vendrán si no puedo cumplirlo.

#### 4. Criterios ambientales y sociales

Es obligado aludir a la posibilidad de establecer criterios de valoración de contenido social o ambiental. Se trata de una de las principales novedades que aportó la LCSP, anunciada en su propia Exposición de Motivos. La Ley de 2007 ha asumido ya sin rodeos la utilización de la contratación pública como instrumento para la promoción o consecución de objetivos de interés general, de políticas públicas. Se supera así el anterior planteamiento de que la adjudicación de los contratos ha de hacerse de forma objetiva y basándose exclusivamente en las mejores condiciones de la oferta en orden a la ejecución del contrato.

El nuevo planteamiento tiene también su origen en el derecho comunitario, y presenta a la contratación pública no como un fin en sí misma, sino como un instrumento más en manos de los poderes

31. El modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por la JCCA para los contratos acogidos al Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, es un buen ejemplo en este aspecto, porque contiene esta serie de penalidades por incumplir criterios de adjudicación:

- Si durante la ejecución del contrato o al tiempo de su recepción, se aprecia que, por causas imputables al contratista, se ha incumplido alguno o algunos de los compromisos asumidos en su oferta, en especial los relativos al volumen de mano de obra a utilizar en la ejecución del contrato.
- Para considerar que el incumplimiento afecta a un criterio de adjudicación será preciso que al descontarse un 25 por 100 de la puntuación obtenida por el contratista en el criterio de adjudicación incumplido, resultara que su oferta no habría sido la mejor valorada.
- Como regla general, su cuantía será un 1% del presupuesto del contrato, salvo que, motivadamente, el órgano de contratación estime que el incumplimiento es grave o muy grave, en cuyo caso podrán alcanzar hasta un 5% o hasta el máximo legal del 10%, respectivamente. La reiteración en el incumplimiento podrá tenerse en cuenta para valorar la gravedad.

públicos para lograr objetivos ambientales o sociales.<sup>32</sup> Ahora se trata, como ha escrito Vara Arribas, de la “búsqueda de una contratación pública sostenible, donde los criterios económicos, sociales y medioambientales aparecen combinados”.<sup>33</sup> Esta es también la posición de la LCSP, que presenta a lo largo de su articulado diversas posibilidades de incidir a favor de objetivos sociales y ambientales.<sup>34</sup>

Pues bien, el propio artículo 134.1 admite que los pliegos de cláusulas administrativas particulares establezcan criterios tales como las “características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar...”. Y como lo que se admiten son criterios “tales como”, eso quiere decir que no tienen por qué ser exactamente esos y pueden ser otros similares.

No obstante, no podemos olvidarnos de la premisa que ya vimos, y es que los criterios han de estar directamente vinculados al objeto del contrato y no a las cualidades del contratista;<sup>35</sup> como muy expresivamente se ha dicho, los criterios deben guardar relación con el qué y nunca con el quién.<sup>36</sup> Esto impide que se puedan establecer criterios sociales o ambientales genéricamente, si no puede justificarse su relación di-

recta con el objeto contractual.<sup>37</sup> En ese sentido resulta interesante la lectura del informe JCCA 53/08, de 29 de enero de 2009. En esa ocasión ha razonado lo siguiente el órgano consultivo:

“... ha de tenerse en cuenta que la Ley solo exige el requisito de que los criterios a utilizar estén directamente vinculados al objeto del contrato, con lo que para determinar si es admisible o no como criterio de adjudicación la exigencia de que a la ejecución del contrato se dedique un número mínimo de trabajadores discapacitados, es preciso ante todo aclarar si tal exigencia cumple el requisito mencionado.

“... Por otra parte, el propio artículo 134.1 entre los criterios que menciona se refiere a uno solo de contenido social, cuando menciona las características ‘vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar’. Pues bien, este supuesto no abarca cualquier consideración de carácter social sino solo aquellos contratos en que las prestaciones a contratar vayan destinadas a categorías de población especialmente desfavorecidas. En tales casos podrán establecerse criterios de adjudicación que tengan relación con las necesidades sociales cuya satisfacción constituya el objeto del contrato. Pero evidentemente no puede

32. La evolución de estas ideas ha sido muy bien resumida por FERNÁNDEZ DE GATTA, D.: “El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, noviembre de 2008, p. 41 y ss. Entre los primeros trabajos sobre esta cuestión, nos resulta especialmente interesante GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones Públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, p. 27-67. También entre esos primeros trabajos sobre la cuestión, MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L.: “Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos”, *Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 18, año 2003; y “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial, la inclusión de criterios medioambientales”, *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.

33. VARA ARRIBAS, G.: “Novedades en el Debate Europeo sobre la Contratación Pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, abril-junio de 2008, p. 128.

34. Esas diversas posibilidades han sido analizadas de forma interesante, por ejemplo, por BERNAL BLAY, M. A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, dentro de *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2008, p. 211 y ss. Con relación al uso de estos aspectos como condiciones especiales de ejecución, es interesante el informe 6/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

35. STJCE de 17 de noviembre de 2002, Concordia Bus Finland, y 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom.

36. GIMENO FELIU, J. M.: “La adjudicación de contratos en la LCSP y los mecanismos de control (el recurso especial)”, dentro de *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, coord. Jesús COLÁS TENAS y Manuel MEDINA GUERRERO, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico, Madrid, 2009, p. 216.

37. Algunas reflexiones propias sobre la contratación social y ambiental, además de en la monografía citada sobre la adjudicación de los contratos públicos, en CARBONERO GALLARDO, J. M.: “De las musas al teatro: La Contratación Social y Ambiental”, *Boletín Informativo de Responsabilidad Social*, núm. 2/2010, Ed. Diputación de Granada. <http://www.dipgra-rs/index.php/e-boletin/numero-22010>

considerarse como el criterio social que permite valorar para la adjudicación a la oferta económicamente más favorable para el órgano de contratación la utilización de un determinado número o porcentaje de trabajadores con discapacidad.

“La exigencia de utilizar mano de obra que reúna determinadas características juega su papel en la contratación pública como condición de ejecución o en la forma prevista en la disposición adicional sexta ya citada, pero no como criterio de adjudicación”.

Este criterio ha sido reiterado posteriormente por la Junta Consultiva en el informe 3/09, de 25 de septiembre, en el que concluyó: “No es admisible de conformidad con el artículo 134.1 de la Ley de contratos del sector público el establecimiento en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de criterios de adjudicación que valoren empleo en la ejecución del contrato de personas desempleadas inscritas en oficinas de empleo correspondientes a un determinado lugar geográfico”.

En definitiva, y como recuerda Medina Arnáiz, para el uso de estos criterios es preciso respetar tres pautas que proceden de la propia Directiva 18/2004: que estén vinculados al objeto del contrato; que no otorguen a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada; y que estén expresamente publicitados. Siendo así, esta nueva orientación de la contratación pública ofrece grandes posibilidades para hacer que aquella no sea una actividad exclusivamente económica, sino también responsable social y ambientalmente.

## 5. Criterios de valoración en el procedimiento restringido

Prácticamente todo lo dicho hasta ahora es de aplicación al procedimiento restringido, en el que, si cabe, lo que hay que hacer es afinar más aún en la distinción de criterios de aptitud y criterios de valoración de las proposiciones. Según su diseño, el procedimiento restringido permitiría una mejor selección del adjudicatario porque en él se puede tener más en cuenta la capacidad del empresario, gracias a una primera criba en atención a ese aspecto. Sin embargo, pese a esas grandes posibilidades teóricas, el procedimiento restringido ha sido poco utilizado hasta ahora, y puede afirmarse sin temor a errar que la mayoría de los órganos de contratación en España (sobre todo locales) no han utilizado nunca este procedimiento. Y no lo hacen

porque en la práctica el procedimiento restringido se dilata más en el tiempo que el abierto, y eso que este último ya es poco ágil.

La LCSP regula el procedimiento restringido sin apenas novedades con relación al TRLCAP. Procedimentalmente, la esencia del restringido estriba en que se desarrolla en dos fases. Como describió la JCCA en su informe 63/08, de 31 de marzo de 2009, “... En la primera las empresas que solicitan participar en él tienen la condición de candidatos a la adjudicación del contrato y solo pueden presentar su proposición si son invitados por el órgano de contratación. Para ello se han de fijar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio los criterios objetivos de solvencia que han de cumplir que han de ser adecuados al objeto del contrato, a su volumen y a su importe”. Los criterios objetivos de solvencia deben ser determinados por el órgano de contratación entre los que contienen los artículos 64 a 68, y la determinación ha de ser previa al anuncio de licitación.

La Ley trata de asegurar una mínima participación, y por eso el órgano de contratación debe señalar el número de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a cinco (ahora la Ley no establece un máximo de participantes). También deben indicarse en el anuncio de licitación los criterios o normas objetivas y no discriminatorias con arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos, así como el número mínimo y, en su caso, el número máximo de aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones (artículo 147.2 y 3).

Es decir, la primera criba en el procedimiento restringido consiste en seleccionar a los solicitantes a la vista de los criterios objetivos de solvencia que se hubieran establecido. A los seleccionados, el órgano de contratación debe invitarles por escrito, y simultáneamente, a que presenten una proposición. Puede surgirnos la duda sobre cómo descartar algunos candidatos si el órgano de contratación ha establecido un número máximo de empresarios a invitar. Sobre esta cuestión también se ha pronunciado la JCCA en el citado informe 63/08, de 31 de marzo de 2009, aconsejando que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establezca algún método que permita valorar con referencia a la solvencia técnica y profesional, a cada una de las empresas candidatas, a efectos de cursar la invitación a aquellas que reúnan las mejores condiciones. A falta de esa previsión, la decisión que adopte el órgano de contratación habrá de ser suficientemente motivada.

El razonamiento de la JCCA es del todo lógico: “Sabido es que en la decisión de adjudicar un contrato se pondera la valoración, desde diversas perspectivas, de las proposiciones recibidas decidiendo a favor de aquella que resulta ser la mejor. Como quiera que los criterios de solvencia, en los que se basan los criterios en virtud de los cuales se han de cursar las invitaciones a los candidatos para ser admitidos a la licitación, han de fijar un nivel mínimo de solvencia técnica, que representa básicamente la disponibilidad de medios personales y materiales necesarios para la ejecución del contrato, así como la experiencia de los candidatos en el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato e incluso la posible opción de disponer de medios o equipos ajenos a la empresa que son necesarios para la ejecución del contrato, o dicho de otra forma las opciones de subcontratación, parece aconsejable que, aun cuando como señalamos no exista norma concreta que lo regule, se pueda establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares, como documento que desarrolla la manera de realizarse la adjudicación del contrato, el procedimiento que se seguirá para decidir las empresas que se incluirán en el cupo del máximo de las que podrán ser invitadas a presentar sus proposiciones, teniendo en cuenta que en la elección de tales criterios no pueden generar situaciones discriminatorias o de trato preferencial”.

## 6. La materia objeto de negociación en el procedimiento negociado

El artículo 160 LCSP no establece ninguna novedad en este punto, al decir que: “En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas”. Esto es

prácticamente lo mismo que nos decía la LCAP desde 1999. Sin embargo, la redacción de otros preceptos reguladores de los procedimientos y de la Directiva comunitaria 18/2004, ha abonado el crecimiento de una nueva problemática. Respecto a si en el procedimiento negociado hay que utilizar criterios de valoración o aspectos que hayan de ser objeto de negociación (o incluso ambos), hay, desde la LCSP, alguna polémica y, a mi entender, bastante confusión. Creo que en esta cuestión mi opinión es compartida minoritariamente, pero creo también que merece la pena reflexionar sobre ella.

Los argumentos utilizados para defender que en el procedimiento negociado hay que utilizar también criterios de valoración, parten de que la Directiva no distingue entre procedimientos al hablar de aquellos, y que tampoco lo hace el artículo 134.1 LCSP. Ciertamente este último precepto establece que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, sin matizar en ningún momento que eso se refiera solo a los procedimientos abiertos y restringidos. El artículo 134 está ubicado dentro de las “Normas generales”<sup>38</sup> aplicables a todos los procedimientos de adjudicación, y por eso cabe entender que en todos los procedimientos hay que utilizar criterios de valoración. Esa opinión parece haber sido avalada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal; para mí puede haberlo hecho de forma implícita en algún documento “oficial”, como el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para los contratos de obras acogidos al Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, aprobado por la JCCA.<sup>39</sup> Y de forma expresa, pero también confusa, en su propio informe 48/09, de 1 de febrero de 2010. Este informe utiliza ambas expresiones: criterios de adjudicación y aspectos, y en su consideración jurídica sexta

38. Sección 1.ª, Capítulo I, Título I, Libro III de la Ley de contratos del sector público.

39. En ese modelo correspondiente al procedimiento negociado, se establece literalmente esto:

“Cuestiones que pueden ser objeto de negociación. Criterios para la adjudicación del contrato: La negociación que deba celebrarse a efectos de lo dispuesto en el artículo 162 versará sobre los aspectos de carácter económico y técnico del contrato siguientes: (precio, plazo de ejecución, plazo de garantía, condiciones de mantenimiento, etc.).

“Una vez fijadas definitivamente las ofertas de los licitadores, tras la negociación, la adjudicación del contrato se efectuará mediante la valoración de los siguientes criterios: (deberá enumerarse cada uno de los criterios que deban tomarse en consideración para la adjudicación expresando en todo caso la ponderación que deba asignarse a cada uno en la valoración global de la oferta, o, cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia).

“En todo caso, se tomará en consideración, como criterio de adjudicación para la valoración de las ofertas, el volumen de la mano de obra que se utilizará en la ejecución del contrato, atribuyéndose hasta un total de --- puntos en función de la mano de obra contratada y a contratar”.

lo hace de una manera algo oscura, al decir que "... para poder aplicar el procedimiento negociado han de cumplirse de manera justificada alguno de los supuestos establecidos al efecto, según cada tipo de contrato, en la Ley y que para la elección de cuál será la mejor oferta se han de fijar los criterios de adjudicación que considere aplicables el órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley que, como es bien sabido, se aplica en todos los procedimientos de adjudicación, fijando uno o varios criterios, pero señalando expresamente el pliego de cláusulas administrativas particulares los aspectos económicos y técnicos del contrato sobre los que versará la negociación". Sin embargo, la conclusión de este informe me parece mucho más clara y acertada: "De cuanto se expone la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que pueda aplicarse el procedimiento negociado, pero para ello deberá hacerse constar previamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares los aspectos del contrato sobre los que debe versar la negociación".

Comprendo que la Directiva 18/2004 no distingue entre tipos de procedimientos a la hora de establecer o

no criterios. Pero no es menos cierto que prevé la posibilidad de solo presentar a estos por orden decreciente de importancia cuando justificadamente no se puedan ponderar, y esto es más propio del procedimiento negociado que del abierto o restringido con pluralidad de criterios. Además, el procedimiento negociado en España se basa en aspectos a negociar<sup>40</sup> desde antiguo, sin que ello haya sido declarado hasta ahora contrario al derecho comunitario de la contratación. Lo que sí se ha condenado frecuentemente es el uso fraudulento o abusivo de los supuestos que habilitan para utilizar este procedimiento.

Más amplia explicación ofreció la Comisión Consultiva de Contratación de Andalucía, en su informe 3/2007, de 1 de marzo, sobre cuál debe ser la articulación de los criterios y los aspectos en el procedimiento negociado. Pero finalmente también concluyó que: "En los procedimientos negociados no se exige incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una ponderación de los aspectos económicos y técnicos que serán objeto de negociación".<sup>41</sup> La Comisión Consultiva andaluza afina para deducir que la Directiva

40. En estos exactos términos de "aspectos" que serán objeto de negociación, concretamente desde la reforma de la Ley 53/1999, pero anteriormente en el procedimiento negociado tampoco se utilizaban criterios como tales, es decir, ponderados en el pliego.

41. Reproduzco a continuación los argumentos del órgano consultivo andaluz porque me parecen razonables, aunque de difícil aplicación práctica: "La cuestión objeto de consulta se refiere a si en los procedimientos negociados es necesario incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una ponderación de los aspectos económicos y técnicos que serán objeto de negociación, similar a los criterios de adjudicación en los concursos. Tal como se plantea la cuestión es necesario distinguir entre los aspectos económicos y técnicos objeto de negociación y los criterios de adjudicación. Tanto el artículo 92.3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), como el artículo 67.2 apartado l) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se limitan a indicar que en estos procedimientos serán objeto de negociación los aspectos económicos y técnicos, los cuales se determinarán en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El artículo 86 del TRLCAP relaciona, a título de ejemplo, los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación en los concursos, que se incluirán en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya. Ambas cuestiones pertenecen a momentos procedimentales distintos y también a procedimientos distintos, sin que exista relación alguna entre ambas. La Directiva 2004/18/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, define los procedimientos negociados en el artículo 1.11 d) como los procedimientos en los que los poderes adjudicadores consultan con los operadores económicos de su elección y negocian las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. A esta negociación se refiere el artículo 30.2 de la citada Directiva, al disponer que los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas que estos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones y en los posibles documentos complementarios, con vistas a encontrar la mejor oferta de conformidad con el apartado 1 del artículo 53. Es en esta disposición donde se distingue dentro del procedimiento negociado la fase propiamente de negociación y la de adjudicación. La primera fase se refiere a la negociación de las ofertas presentadas que habrán de recaer sobre las condiciones del contrato, cuyos requisitos habrán sido indicados en el anuncio de licitación o en los pliegos de condiciones, tales requisitos son los que el TRLCAP denomina aspectos económicos y técnicos, pero sin que, ni en la Directiva ni en la legislación de contratos se exija hacer ponderación de los mismos. La ponderación habrá que hacerla cuando se haya elegido como criterio de adjudicación el de la oferta económicamente más ventajosa, en virtud de la remisión que el artículo 30.2 de la Directiva hace al artículo 53.1, ponderación que resulta obligatoria salvo cuando no sea posible por razones demostrables, en cuyo caso se indicará el orden decreciente de importancia de los criterios. A esta ponderación o, en su caso, orden decreciente de los criterios de adjudicación se refiere también el artículo 40.5 e) de la Directiva cuando se refiere al contenido de la invitación a negociar. Lo expuesto no es óbice para que, si se considera conveniente para una mayor concreción de los aspectos económicos y técnicos, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluyan de forma pormenorizada los criterios que se seguirán para negociar las condiciones del contrato".

2004/18/CE permite distinguir dos fases en el procedimiento negociado: la fase propiamente de negociación y la de adjudicación. No dudo de la corrección de ese argumento, pero si ese es el esquema correcto del procedimiento negociado, será en la práctica casi imposible que este siga siendo el procedimiento menos formalista que es y que permite entre otras cosas responder a situaciones de imperiosa urgencia. La distinción de esa doble fase sería de por sí suficientemente disuasoria de la utilización del procedimiento negociado. Y eso pensando solo en el procedimiento negociado sin publicidad; si pensamos en el negociado con publicidad, en el que hemos convenido que para seleccionar a los empresarios a invitar lo hacemos en base a criterios de aptitud, resulta que la adjudicación del contrato exigiría el desarrollo de tres fases... Que nadie se engañe: esto no es asumible por los órganos de contratación porque, por más que ello pueda ser jurídica o conceptualmente impecable, riñe con la más elemental idea de agilidad y eficiencia de los procedimientos administrativos de contratación. De hecho, sin llegar al extremo de las tres fases, la articulación del procedimiento negociado con publicidad en dos fases ha inducido en la práctica a muchos órganos de contratación a buscar alguna alternativa procedimental.

Pero considero que el propio artículo 134.1 ofrece argumentos para pensar que los criterios de valoración solo han de utilizarse en los procedimientos abiertos y restringidos. El apartado segundo de ese precepto trata de ganar objetividad para los procedimientos de adjudicación, y exige la conocida participación de un comité de expertos u organismo técnico especializado "... Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor". Pues bien, si la finalidad de este precepto y de esta nueva figura, como tiene bien dicho la JCCA de Aragón, no es otra que la de reforzar la objetividad en la valoración de ofertas;<sup>42</sup> si este precepto solo impone esta medida para los procedimientos abiertos y restringidos: ¿acaso debemos entender que el legislador no quiere o renuncia a reforzar la objetividad en los procedimientos negociados? Planteado de otro modo: ¿en este caso la Ley sí distingue entre procedimientos

abiertos y restringidos frente a negociados para asegurar más objetividad en los dos primeros, y no asegurarla en los negociados, que son los que sin duda alguna provocan más desconfianza? Yo creo que no es así en absoluto; me parece más lógico pensar que, ni siquiera al elaborar la LCSP, se estuviera pensando que en el procedimiento negociado deban utilizarse criterios de valoración tal como lo hacemos en los abiertos y restringidos.

En mi opinión, pues, lo que debe contener el pliego de cláusulas administrativas particulares en los procedimientos negociados es la descripción de esos aspectos económicos y/o técnicos, y no criterios de valoración tal como son exigidos en el procedimiento abierto o restringido. Es decir, no se trata aquí de criterios ponderados, sino solo de expresar los aspectos sobre los que va a versar la negociación para seleccionar al adjudicatario.

Dicho esto, en la práctica creo que puede apreciarse una gran confusión sobre esta cuestión: es posible encontrar pliegos de procedimientos negociados solo con aspectos a negociar, y otros con criterios de valoración incluso ponderados. Quiero, para terminar, apuntar otra reflexión más sobre esta cuestión y que versa sobre el correcto entendimiento del procedimiento negociado.

En España la contratación directa pasó a ser procedimiento negociado tras la incorporación a las Comunidades Europeas. Y especialmente con la reforma de la Ley 53/1999, se trató de enfatizar la diferencia entre ambos modos de adjudicar. El procedimiento negociado permite una auténtica negociación de los términos del contrato, y por eso tiene sentido para una mayor seguridad jurídica el que el pliego de cláusulas administrativas particulares concrete los aspectos sobre los que va a versar la negociación. No es precisa la ponderación, pero la negociación y la decisión final deben estar suficientemente motivadas y documentadas en el expediente de contratación, particularmente en el acto administrativo de adjudicación. Pues bien, esta forma de entender el procedimiento negociado apenas ha calado en los órganos de contratación, aunque es posible encontrar algunos que desarrollan ejemplares negociaciones perfectamente respetuosas de la legalidad, y que consiguen además notables ventajas en los términos del contrato (singularmente en los suministros

42. Informe 21/09, de 16 de septiembre.

y servicios).<sup>43</sup> Pero, viniendo como venimos de una larga tradición de desconfianza, y siendo el procedimiento de contratación un procedimiento administrativo que trata de garantizar contra corruptelas,<sup>44</sup> la generalidad de los órganos de contratación casi nunca ha negociado a lo largo de estos años. Sobre todo por temor a verse expuestos a los “tiros de la maledicencia”, o incluso a algo peor, esa generalidad de Administraciones ha resuelto la adjudicación de los contratos por procedimiento negociado solo comparando las ofertas de los empresarios invitados, y decidiendo cuál de ellas es la más ventajosa, incluso muchas veces solo en atención al precio más bajo. En consonancia con esa “deficiente” aplicación del procedimiento negociado, la posibilidad de que ahora el procedimiento negociado deba incorporar criterios de valoración incluso ponderados, puede haber supuesto un alivio para algunos gestores de la contratación pública. Como si la utilización de criterios y su ponderación asegurasen la objetividad. Tampoco nos engañemos en esto, porque alguien que trabaje con expedientes de contratación dirá que nos hacemos trampas en el solitario. ■

---

43. En este sentido, por ejemplo, BLANCO LÓPEZ, F.: “Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP”, dentro de *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, coord. Jesús COLÁS TENAS y Manuel MEDINA GUERRERO, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico, Madrid, 2009, p. 181 y 182; IBÁÑEZ BENITO, L.: “Las centrales de compra y la encomienda de gestión de los procedimientos de contratación”, dentro de *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, coord. José Antonio MORENO MOLINA, Ed. CEMCI, Granada, 2008. También en documentación del I Curso de Especialización en Contratación Pública Local, CEMCI, Granada, 2009, y LAGO NÚÑEZ, G.: “La negociación como procedimiento contractual”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10, 30 de mayo de 2008, p. 1772.

44. No digo que lo consiga; digo que esa es su principal razón de ser, junto a la de concretar cuál es la oferta más conveniente a los intereses públicos de la Administración contratante. Estas reflexiones las he puesto por escrito con más amplitud en mi obra ya citada: *La adjudicación de los contratos públicos...* Pero quiero destacar por su mayor interés la opinión que sobre este particular expresa el profesor PAREJO ALFONSO en el prólogo de dicha monografía.

# Principio de suficiencia financiera: tasas locales

Emilio Aragonés Beltrán

Magistrado

## 1. Introducción

- 1.1. Crisis económica y situación financiera de los entes locales
- 1.2. Atención a las tasas
- 1.3. Suficiencia financiera y tasas
- 1.4. Alcance presupuestario

## 2. El principio de suficiencia financiera local

- 2.1. Artículo 142 de la Constitución
- 2.2. Carta Europea de Autonomía Local
- 2.3. Política económica nacional
- 2.4. Financiación y competencias
- 2.5. Autonomía financiera local
- 2.6. Compensación y subvenciones

## 3. Autonomía local en el establecimiento de las tasas

- 3.1. Decisión política
- 3.2. Artículo 21.1 LHL
- 3.3. Necesidad de Ordenanza fiscal

## 4. Tasas por ocupación del dominio público local

- 4.1. Elementos cualitativos
- 4.2. Elementos cuantitativos
- 4.3. Supuestos especialmente problemáticos
  - 4.3.1. Cajeros automáticos situados en línea de fachada.
  - 4.3.2. La tasa del régimen general para las empresas de telefonía móvil

## 5. Tasas por prestación de servicios

- 5.1. Elementos cualitativos
- 5.2. Elementos cuantitativos
- 5.3. Memoria o informe económico-financiero
- 5.4. Supuestos especialmente problemáticos
  - 5.4.1. Consecuencias de la disminución de la actividad económica.
  - 5.4.2. Tasa de basuras.
  - 5.4.3. Desistimiento y renuncia de las solicitudes de licencia.
  - 5.4.4. Naturaleza de las tarifas por abastecimiento domiciliario de agua

## Resumen

Cuando se trata de allegar nuevos recursos a las entidades locales aparece en primer lugar la figura de las tasas, dada la menor rigidez de su regulación, su indudable peso histórico, y ser tales entidades instituciones esencialmente prestadoras de servicios públicos y cuyo dominio público es aprovechado por las empresas y particulares para su propio beneficio. La autonomía tributaria local se manifiesta de forma rotunda por la amplitud legal de los presupuestos de hecho y de la cuantificación de las tasas: el ente local no solo decidirá si establece o no la exacción de una concreta tasa, sino que también determinará, con un amplio margen de actuación, su cuantificación.

La actual situación económica, en relación con el principio constitucional de suficiencia financiera local, obliga a analizar las posibilidades, pero también los límites, en el establecimiento y cuantificación de las tasas. Muchas veces se trata de decisiones de carácter político sobre la forma de financiación de los servicios públicos; en cambio, la utilización privativa del dominio público local debe estar gravada siempre y en proporción a la utilidad obtenida. Por fin, han de examinarse las últimas novedades, legales y jurisprudenciales, en unas y otras tasas.

Palabras clave: *tasas; servicios públicos.*

## Abstract

Taxes (“tasas”) appear at the forefront of the debate about financial resources of local entities. This mechanism is particularly important for several reasons: (1) taxes’ regulations are less rigid than other regulations of sources of income; (2) taxes are borne out by a long tradition; (3) local entities are institutions that essentially render public services and (4) companies and individuals for their own profit use their public domain. In the context of taxes, the autonomy of local entities is clearly present due to the flexible scope of the facts and the quantification of the value: the local entity not only will decide whether or not to establish a tax, but also will determine its value with a considerable margin of appreciation.

Nowadays, the economic crisis and the constitutional principle of financial sufficiency of local entities, should lead to analyze the possibilities, but also the limits, of the establishment and quantification of taxes. These decisions are often political in nature, related to the different ways for financing public services. However, the private use of de public domain should be always taxed proportionally to the obtained profit. Finally, the article will address the last updates in the regulations and the case law about local taxes.

Key words: Taxes; public services.

## 1. Introducción

### 1.1. Crisis económica y situación financiera de los entes locales

Resulta palpable la preocupación existente en el momento actual respecto de la situación financiera de las corporaciones locales. Su propia tipología en España y el mismo principio de autonomía local arrojan un resultado muy diverso en unas u otras corporaciones, tanto por los respectivos niveles de endeudamiento como por la afectación en los ingresos de la recesión económica en curso.

La incidencia de la crisis económica global en la financiación municipal es, desde luego, una consecuencia lógica y obligada de la misma, como lo evidencia la existencia de hechos que reducen la recaudación en figuras tributarias concretas, tales como determinadas tasas (por licencias de obras urbanísticas y de apertura de establecimientos), Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras e Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. Quedan igualmente afectados los ingresos por Impuesto sobre

bienes inmuebles, dada la menor construcción de bienes urbanos, y los provenientes de convenios urbanísticos.<sup>1</sup>

Sin embargo, la caída de la promoción inmobiliaria y de la construcción ha provocado unos efectos muy superiores a los esperados. Como se ha destacado doctrinalmente,<sup>2</sup> se ha producido una seria equivocación en la valoración del equilibrio a largo plazo de las cuentas públicas españolas, pues el componente cíclico de los ingresos es mucho mayor de lo que se pensaba y la caída de los ingresos fiscales ha sido enorme. La sobrevaloración de los ingresos fiscales se debió a una percepción deficiente del peso de los ingresos relacionados con el *boom* inmobiliario, produciéndose también este error de percepción en las implicaciones para el conjunto del PIB del final del *boom*, pues se infravaloró la demanda derivada del sector inmobiliario y del de la construcción sobre subsectores industriales y de servicios. La conjunción del fin del *boom* y la restricción crediticia ha tenido efectos devastadores sobre la actividad productiva y el empleo.

Con toda probabilidad, resulta impensable, y del todo indeseable, que se produzca una nueva “burbuja” inmobiliaria que permita regresar al *statu quo* previo

1. Cfr. Rafael CALVO ORTEGA: *La reforma de la Hacienda municipal*, Cuadernos Civitas, 2010, que concluye así: “En definitiva, si la caída de la promoción inmobiliaria y de la construcción es importante y también la venta de bienes urbanos terminados, la reducción de la recaudación tributaria es lógica”.

La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2011 (BOE núm. 311, de 23 de diciembre de 2010), se hace eco de la situación del mercado inmobiliario, al señalar en su Exposición de Motivos que: “En materia de tributos locales, teniendo en cuenta la situación del mercado inmobiliario, se mantienen los valores catastrales de los bienes inmuebles”.

2. Carlos SEBASTIÁN: “Motivos para el pesimismo”, *Cinco Días*, 20 de febrero de 2010.

a la crisis económica. Parece obligado por ello que la estructura de ingresos y de gastos públicos en general, y de las corporaciones locales en particular, haya de ser profundamente repensada,<sup>3</sup> para tratar de evitar esa sobreponderación del componente cíclico ligado a la actividad inmobiliaria.<sup>4</sup>

## 1.2. Atención a las tasas

No debe sorprender que cuando se trata de allegar nuevos recursos a las entidades locales aparezca en primer lugar la figura de las tasas. Dentro del muy limitado margen de maniobra que tienen los entes locales al respecto por la rigidez de sus fuentes de financiación, siempre surge la figura de las tasas, por la supuesta menor rigidez y por un peso histórico indudable, ligado a una de las características esenciales del mundo local, el ser instituciones esencialmente prestadoras de servicios públicos y cuyo dominio público es aprovechado por las empresas y particulares para su propio beneficio. Las contraprestaciones por esos servicios o aprovechamientos se configuran como tasas, y en los ingresos por ellas se quiere ver la “salvación” para las cuentas municipales.

Resulta revelador el análisis comparativo de dos aportaciones doctrinales relevantes, una previa al

estallido de la “burbuja” inmobiliaria<sup>5</sup> y otra posterior a ella:

a) En 2008, en un estudio auspiciado por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP),<sup>6</sup> la figura de las tasas aparece examinada de una forma un tanto marginal, no obstante reconocer que el recorrido que tienen las tasas y precios públicos para financiar determinados servicios tradicionales, donde los usuarios están perfectamente identificados por su carácter divisible, y donde además el componente redistributivo de los mismos es inapreciable, hace de estas figuras en todo caso un elemento esencial en la financiación local (p. 287), siendo el análisis de las tasas bien conciso.

Así, en la p. 257, dentro de los “Instrumentos para la financiación local”, se mencionan las “Cargas sobre el usuario (tasas y precios públicos) para financiar servicios con características de bienes privados –agua, saneamiento, residuos sólidos,...”; y en la p. 286 se alude a que las tasas y precios públicos, si recogen adecuadamente las características propias del principio de beneficio, pueden suplir los beneficios derivados de la asimetría usuario/financiador del gasto, pero su limitado alcance presupuestario y su propia configuración, que limita, en el caso de las tasas, la cobertura real de la prestación, representan premisas a considerar.

3. Cfr. Alicia GONZÁLEZ: “La crisis, más cerca de usted. Las dificultades fiscales ponen a regiones y municipios del mundo desarrollado al borde de la quiebra”, en suplemento *Negocios, El País*, 26 de diciembre de 2010, donde se resume así la situación actual:

“La crisis financiera internacional, que comenzó en 2007 con el estallido de la burbuja inmobiliaria en EE.UU., que se trajo después en una crisis bancaria y que luego derivó en los problemas con la deuda soberana, ha entrado de lleno en una nueva etapa, la de las dificultades fiscales de regiones y municipios en el mundo desarrollado, que se ven incapaces de prestar los servicios que venían prestando y que tienen que pensar nuevas fórmulas para aumentar ingresos y reducir gastos si quieren evitar la quiebra.

[...]

“La financiación de regiones y municipios está muy ligada a las transferencias de capital desde los Estados soberanos y a la fiscalidad sobre la compra y venta de viviendas. De ahí que tras el colapso del sector inmobiliario y los planes de austeridad puestos en marcha por los Gobiernos nacionales, los ingresos de regiones y ayuntamientos se hayan desplomado de forma dramática”.

En el mismo artículo se da cuenta de que en la República Federal Alemana, el Estado central ha creado una Comisión para analizar la situación de las finanzas municipales (*Gemeindefinanzkommission*), con el objetivo de abordar los cambios estructurales necesarios para resolver definitivamente el déficit de financiación.

4. Sin perjuicio, es obvio, de otras medidas dirigidas al control y austeridad en el gasto. Por el contrario, no se aprecian las ventajas de abordar ahora en España reformas que afecten a la propia existencia de multitud de municipios (en Grecia, el proyecto *Kallikratis* ha reducido el número de municipios de 1.034 a 325) o de instituciones básicas del régimen local, como las diputaciones provinciales. No parece serio que se utilice la crisis económica para lanzar cualquier tipo de iniciativa ligada a los planteamientos ideológicos, o incluso pasionales, de cada uno, pretendiendo la correspondiente supresión de instituciones, ya sean eclesiásticas, sindicales, castrenses, locales, funcionariales, etc., según las fobias de cada cual.

5. En mi opinión, la expresión “burbuja” (según el Diccionario de la RAE, glóbulo de aire u otro gas que se forma en el interior de algún líquido y sale a la superficie) no es exacta, pues su estallido no deja sino aire. Parece más apropiada al caso la expresión *soufflé* (según el mismo Diccionario, alimento preparado de manera que quede inflado o con claras de huevo a punto de nieve y cocido en el horno para que adquiera una consistencia esponjosa), cuyo estallido termina con los precios del todo “inflados” anteriores y deja al sector inmobiliario sin consistencia esponjosa, a ras del fondo del recipiente.

6. La financiación local en España: Radiografía del presente y propuestas de futuro, coordinado por Javier SUÁREZ PANDIELLO, Madrid, 2008: <http://www.femp.es/files/566-578-archivo/HACIENDAS%20LOCALES%20RADIOGRAFIA.pdf>

En otros lugares, se alude a cuestiones concretas, de las que nos ocupamos posteriormente: tasas relativas a la telefonía móvil y régimen especial de Telefónica (p. 288), déficits en las tasas por transporte urbano colectivo de viajeros y tasas por suministro de agua (p. 397), siendo estas últimas objeto de mayores precisiones en la p. 407.

b) Por el contrario, en noviembre de 2010 publica Chico de la Cámara un artículo sobre las “nuevas oportunidades” de las tasas municipales,<sup>7</sup> donde se examinan los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo respecto de la exigencia de diversas tasas que han sido muy cuestionadas. Se trata, para este autor, de “una bomba de oxígeno para las maltrechas arcas públicas”, añadiéndose que muchas de las tasas creadas en los últimos tiempos (así, tasa del 1,5 por 100 para las empresas explotadoras de suministros, tasas de telefonía móvil, tasa de cajeros) tienen como principal destinatario el sector empresarial, lo que además libera al Ayuntamiento impositor de estas tasas de un posible “castigo político” en unas elecciones municipales.

Y en las dos primeras conclusiones de este artículo se enmarca con precisión la problemática actual en esta materia:

“Primera.– Las corporaciones locales podrían verse tentadas a aprovechar la versatilidad y la amplitud de presupuestos de hecho que pueden dar lugar a tasas (por ocupación del dominio público y por realización de actividades administrativas), para implementar este tipo de figuras tributarias en sus demarcaciones territoriales en aras de suplir la insuficiencia de recursos con la que se enfrentan en este escenario actual de crisis económica.

“Segunda.– En todo caso, el principio de legalidad constituye una garantía para el conjunto de los ciudadanos con el fin de que la Administración no actúe con interdicción de la arbitrariedad creando bajo la denominación formal de ‘tasas’ figuras que se corresponden más con el diseño técnico de un ‘impuesto’. Así, para salvar las maltrechas arcas municipales, existe un riesgo vedado por la doctrina del Tribunal Constitucional de que algunas corporaciones locales configuraran formalmente como ‘tasas’ lo que en paridad vendrían a ser técnicamente ‘impuestos’ salvando así mediante este fraude de ley las limitaciones legales que establece

el texto refundido de la LRHL a la creación *ex novo* de impuestos por parte de las corporaciones locales”.

### 1.3. Suficiencia financiera y tasas

En los términos del artículo 142 de la Constitución, las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas. El llamado principio de suficiencia financiera, tan problemático en su alcance general y frente a otros poderes públicos, presenta características específicas en relación con las tasas.

En primer lugar, las “funciones” atribuidas legalmente a los entes locales son, esencialmente, las de prestación de servicios, cuya financiación natural habrá de ser, en principio, vía exacción de tasas.

En segundo término, aquí la suficiencia no cabrá predicarla, también en principio, frente a otros poderes públicos, sino que será “interna” de la propia corporación local, dado que el establecimiento de las tasas es siempre potestativo.

Por fin, resultan indudables las citadas versatilidad y amplitud legales tanto de los presupuestos de hecho de las tasas como de su cuantificación, de manera que la autonomía tributaria local se manifiesta aquí de forma rotunda: el ente local no solo decidirá si establece o no la exacción de una concreta tasa, sino que también determinará, con un amplio margen de actuación, su cuantificación. Con la autoridad propia del conocimiento directo de la cuestión, ha reseñado Rubio de Urquía<sup>8</sup> que durante el proceso de elaboración del Anteproyecto de Ley reguladora de las Haciendas locales (Ley 39/1988), la representación política del mundo local presionó con fuerza para que se dotara de mayor flexibilidad al régimen de las tasas, tanto en lo referente a su establecimiento, regulación y exacción, como en lo referente a su cuantificación.

Ha de reseñarse aquí que, no obstante lo anterior, la construcción del texto originario de la Ley de Haciendas locales de 1988, llevando al ámbito de los precios públicos gran parte de la materia imponible tradicionalmente propia de las tasas, quedó alterada diez años después por la Ley 25/1998, tras la doctrina constitucional contenida en la STC 185/1995 sobre la figura

7. Pablo CHICO DE LA CÁMARA: “Las tasas municipales: nuevas oportunidades para su establecimiento como recurso ordinario de financiación de las corporaciones locales”, *Tributos Locales*, número 97, noviembre de 2010.

8. J.I. RUBIO DE URQUÍA: “Los tributos locales treinta años después”, *Tributos Locales*, número 97, noviembre 2010.

de los precios públicos, volviéndose en gran parte a la construcción tradicional.

De ello resulta que, actualmente, la figura de los precios públicos municipales resulta más bien testimonial, por lo que quedan fuera de nuestro análisis.

Así lo pone de manifiesto el examen de los existentes en Barcelona: servicios de recogida de residuos comerciales e industriales asimilables a municipales y servicios especiales de limpieza y recogida de residuos municipales; servicios de los equipamientos de los distritos; servicios de las instalaciones deportivas municipales; servicios para las actividades culturales de cursos, seminarios y congresos prestados por el Archivo municipal administrativo, los archivos municipales de distrito y los archivos centrales de los sectores; los servicios de reproducción y comunicación de documentos, sin carácter de expediente administrativo, producidos por el Ayuntamiento de Barcelona y prestados por el Archivo municipal administrativo, los archivos municipales de distrito y los archivos centrales de los sectores; equipamientos residenciales para disminuidos físicos y hogares-residencias para disminuidos psíquicos; residencias, viviendas tuteladas y centros de día; servicios de la Unidad Montada, la Sección Canina y la Galería de Tiro de la Guardia Urbana; cursos de formación realizados por el Servicio de Prevención y Extinción de Incendios y Salvamento; servicios culturales y alquiler de espacios del Pabellón Mies van der Rohe; servicios de atención domiciliaria; Granja Escuela Can Girona; y servicio de

comidas en compañía de los distritos de Les Corts, Sarrrià-Sant Gervasi, Gràcia, Horta-Guinardó, Nou Barris y Sant Andreu.

Salvo el primero de los precios públicos citados (recogida de residuos comerciales e industriales),<sup>9</sup> los demás resultan marginales. También la jurisprudencia se ha hecho eco de precios públicos más bien pintorescos.<sup>10</sup>

#### 1.4. Alcance presupuestario

Como ha quedado señalado, el estudio de la FEMP de 2008 (*La financiación local en España: Radiografía del presente y propuestas de futuro*) hace referencia al “limitado” alcance presupuestario de los ingresos por tasas. Sin embargo, la determinación porcentual de tal alcance no está exenta de dificultades, dada la estructura presupuestaria de los entes locales y la forma en que los datos se facilitan.

Así, si atendemos al Análisis efectuado por la Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales titulado *Haciendas locales en cifras. Avance año 2009*,<sup>11</sup> los datos esenciales que aquí interesan son los siguientes:<sup>12</sup>

**a) Ingresos de los ayuntamientos** (desglosados según los capítulos del estado de ingresos que se citan):

– Tributos propios (capítulos 1, 2 y 3): 26.258,10 millones de €.

9. Cfr. la STSJ de Cataluña 628/2010, de 17 de junio de 2010, que reitera la corrección de la calificación como precio público de la exacción en cuestión, resaltando que el mismo solo está establecido por el Ayuntamiento de Barcelona para la recogida de los residuos comerciales, mientras que los residuos municipales generados en los domicilios particulares, esto es, los de origen doméstico, no están sujetos en esta capital a ninguna exacción. La sentencia estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Defensa respecto de los residuos generados en el Cuartel de El Bruc, entendiendo que los residuos que se generan en un acuartelamiento militar han de entenderse, en ausencia de cualquier prueba en sentido contrario, que son predominante o primordialmente domésticos o de origen doméstico y no comerciales, habida cuenta de que la característica definitoria del acuartelamiento es servir de alojamiento de las tropas ubicadas en el mismo y que los residuos propios de un alojamiento de personas son los mismos que los de un domicilio particular.

10. Así, la STS de 29 de junio de 2009 (RJ 2009/4424) hace referencia a un precio público por la actividad municipal de prestación de clases de aeróbic en las instalaciones deportivas del Ayuntamiento de Almazora (Castellón). La sentencia es interesante, al abordar una impugnación de la Asociación de Centros Privados Deportivos que entendió contrario al principio de libre empresa y al Tratado de la Unión Europea el desarrollo de aquella actividad municipal, lo cual es rechazado por el Alto Tribunal, señalando que “es perfectamente compatible esa actividad de la Corporación facilitando a quienes lo deseen la práctica de actividades como el aeróbic o el fitness e incluso el acondicionamiento físico de adultos y la puesta a disposición del público de aparatos de tonificación, musculación y trabajo cardiovascular con la que en ese mismo ámbito puedan prestar las empresas constituidas por la iniciativa privada, porque los medios y la atención pueden ser distintos y prestados de modo diferente, y dirigidos a sectores de población con necesidades y conveniencias diversas, por lo que una y otra forma de prestar la misma actividad no empece la existencia de ambas”.

11. Fechado en diciembre de 2010. Puede consultarse en:

<http://www.meh.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/HaciendasLocalesEnCifras/HLL%20en%20cifras.%20Avance%202009.pdf>

Recoge la información presupuestaria completa correspondiente al 61,13% de los ayuntamientos, que representan el 86,61% de la población nacional.

12. Para facilitar la lectura las cifras se ofrecen en millones de euros, redondeando las cantidades del Análisis en el que constan en miles de euros.

– Ingresos patrimoniales (capítulos 5 y 6): 2.184,99 millones de €.

– Ingresos por transferencias (capítulos 4 y 7): 27.517,21 millones de €.

– Ingresos financieros (capítulos 8 y 9): 5.408,42 millones de €.

– TOTAL INGRESOS: 61.368,74 millones de €.

De esta forma, la importancia relativa de los propios ingresos de los municipios (tributos propios e ingresos patrimoniales) alcanza el 46,3% de sus recursos totales (párrafo 26 del Análisis).

**b) Desglose de los tributos propios** (capítulos 1, 2 y 3, por importe total de 26.258,10 millones de €; y su porcentaje sobre el total de ingresos):

– IBI: 9.937,03 millones de €: **16,19%**.

– IVTM: 2.436,64 millones de €: **3,97%**.

– IIVTNU: 1.233,19 millones de €: **2,01%**.

– IAE: 1.548,19 millones de €: **2,52%**.

– Resto impuestos directos: 587,42 millones de €: **0,96%**.

– ICIO: 1.187,53 millones de €: **1,94%**.

– Resto impuestos indirectos: 404,53 millones de €: **0,66%**.

– Tasas: 4.260,06 millones de €: **6,94%**.

– Precios públicos: 606,64 millones de €: **0,99%**.

– Resto capítulo 3: 4.056,87 millones de €: **6,61%**.

Sin embargo, el párrafo 25 del Análisis señala que “En los municipios los ingresos más relevantes son las transferencias de capital, debido a la situación excepcional derivada de la ejecución del Fondo Estatal de Inversión Local, las transferencias corrientes de la Administración General del Estado y el IBI”, de forma que resultará de mayor interés determinar los porcentajes de los tributos propios (capítulos 1, 2 y 3) en relación con el total de los mismos de 26.258,10 millones de €.

**c) Desglose por capítulos de los ingresos tributarios de los ayuntamientos:**

– Impuestos directos (capítulo 1): 15.742,46 millones de €: **59,95%**.

– Impuestos indirectos (capítulo 2): 1.592,07 millones de €: **6,06%**.

– Tasas y otros ingresos (capítulo 3): 8.923,58 millones de €: **33,98%**.

– TOTAL INGRESOS TRIBUTARIOS: 26.258,10 millones de €: **100%**.

El problema surge de inmediato porque el capítulo 3 no solo comprende las tasas, sino también “otros ingresos”. Dice al respecto el párrafo 29 del Análisis: “Para financiar servicios públicos, las tasas por prestación de servicios representan el 47,7% del importe total del capítulo 3 en los municipios y el 54,0% en las provincias de régimen común. En cuanto al ‘Resto del capítulo 3’ se recogen las contribuciones especiales, cuotas de urbanización, aprovechamientos urbanísticos, recargos y multas y otros conceptos”.

**d) Desglose del capítulo 3 (ayuntamientos):**<sup>13</sup>

– Tasas por prestación de servicios: 4.260,07 millones de €.

– Tasas por utilización o aprovechamiento especial: 1.104,80 millones de €.

– Precios públicos:<sup>14</sup> 710,02 millones de €.

– Resto tasas y otros ingresos: 2.848,71 millones de €.

– TOTAL TASAS Y OTROS INGRESOS (capítulo 3): 8.923,58 millones de €.

De esta forma, el total a ingresar por tasas asciende a 5.364,87 millones de € (suma de las tasas por prestación de servicios y de las tasas por utilización o aprovechamiento especial),<sup>15</sup> lo que representa el 8,74% del total de los ingresos municipales y el 20,43% de los ingresos por tributos propios, esto es, más de una quinta parte de los ingresos por tributos propios. Una somera comparación con años anteriores no permite detectar diferencias o tendencias significativas.

Sobre las anteriores conclusiones (los ingresos por tasas municipales ascendieron en 2009 a 5.364,87 millones de €, esto es, un 8,74% del total de los ingresos municipales y un 20,43% de los ingresos por tributos municipales propios), han de hacerse varias matizaciones, de diverso alcance: 1.<sup>a</sup>) Proceden de datos provisionales del Análisis consultado, que solo representa un avance respecto de tal año 2009; 2.<sup>a</sup>) Como se ha advertido, el Análisis, de forma incomprensible, incluye los precios públicos por utilización privativa o aprovechamientos especiales de dominio público (a extinguir) en el “Resto de tasas y otros ingresos”, cuando su inclusión natural habría de haber sido en las tasas por

13. Cifras tomadas del párrafo 29 del Análisis.

14. Advierte el Análisis que “Los precios públicos por utilización privativa o aprovechamientos especiales de dominio público (a extinguir) se incluyen en el ‘Resto de tasas y otros ingresos’”.

15. En los datos que transcribe CHICO DE LA CÁMARA (*vid.* nota 7), correspondientes al avance del año 2008, no se lleva a cabo esta suma, de forma que las cifras relativas a tasas que allí se facilitan son solo de tasas por la prestación de servicios.

aprovechamiento especial; y 3.<sup>ª</sup>) En el insólito concepto “Resto del capítulo 3” se recogen, como también ha quedado señalado, las contribuciones especiales, cuotas de urbanización, aprovechamientos urbanísticos, recargos y multas y otros conceptos, de manera que los ingresos por contribuciones especiales, de naturaleza indudablemente tributaria, entran en tan proteico concepto.

Particularmente lamentable hay que considerar que dentro de los “tributos propios” se incluyan conceptos que no tienen tal naturaleza, como las cuotas de urbanización, los aprovechamientos especiales y los recargos, y, sobre todo, que se incluyan nada menos que las multas, lo que es un dislate jurídico completo. Los ingresos por el ejercicio de la potestad sancionadora de los municipios, ya sea por sanciones tributarias o de otro tipo, nunca pueden incluirse dentro de los “tributos propios”, sino que, por el contrario, su consignación presupuestaria ha de hacerse en atención a la naturaleza de tales sanciones. Cualquier confusión acerca de la naturaleza recaudatoria de las sanciones pecuniarias habrá de ser letal para las corporaciones locales y para los fines propios de esas sanciones.<sup>16</sup>

Por otra parte, los resultados porcentuales del alcance recaudatorio de las tasas dependerán también de cómo se gestione el servicio de suministro de agua, pues de hacerse por concesión ningún ingreso municipal se producirá, mientras que si se gestiona directamente, la recaudación por la correspondiente tasa podrá tener una significación porcentual muy relevante.

## 2. El principio de suficiencia financiera local

### 2.1. Artículo 142 de la Constitución

El principio de suficiencia se halla implícitamente reconocido en todas las Constituciones que garantizan de forma genérica la autonomía local, habiendo enfatizado el Tribunal Constitucional la conexión inherente que media entre la suficiencia financiera y la autonomía (especialmente STC 233/1999, FJ 37: sin tal suficiencia la autonomía deviene imposible; y STC 104/2000, FJ 4: la autonomía de los entes locales va estrechamente ligada a su suficiencia financiera).

Sin embargo, el alcance del principio no deja de suscitar interrogantes. El citado artículo 142 de la Constitución se limita a proclamar que “Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas”, sosteniéndose en general por la doctrina que la de suficiencia es siempre una noción de perfiles borrosos, o que se trata de un principio que, si bien constituye una directriz a seguir por el legislador, no basta, evidentemente, para asegurar su observancia, dada su propia vaguedad.

Hay que asumir, como ha destacado Medina Guerrero,<sup>17</sup> tanto la extrema tendencia a la “autocontención” del propio Tribunal Constitucional en la cuestión, entendiendo que su más natural y genuino cauce de resolución se encuentra en el proceso político, como también el peso de lo “material” o lo “fáctico” en este ámbito: un primer

16. Desde una perspectiva jurídica, que alguna Administración acuda a sancionar a los ciudadanos con la sola finalidad de allegar recursos económicos a sus arcas, o que no pocos ciudadanos tengan semejante percepción, resulta una verdadera catástrofe para los fundamentos del Estado de Derecho, cuya penetración en esta materia sancionadora administrativa (incluida la tributaria) está resultando tan costosa y de extremada lentitud. Aparte de la señalada aberración jurídica de su consideración presupuestaria dentro de los “tributos locales” y en un capítulo, el 3, junto con las tasas, el propio carácter masivo de las sanciones pecuniarias en materias como la de tráfico obvia por completo principios básicos como la proporcionalidad de la sanción en relación a la situación económica del infractor, de manera, por ejemplo, que la multa por exceso de velocidad o mal aparcamiento es la misma para un turismo que valga 10.000 € que para otro que valga 50.000 € o 100.000 €. En materia tributaria, la tosquedad en las sanciones, pese a tener que auxiliarse para su cálculo de un potente programa informático, o precisamente por ello, sigue siendo bien llamativa pese a algún tímido avance (ya no se confunde con el tributo).

Igualmente penoso resulta, como advierte el párrafo 31 del Análisis, que “Los problemas de gestión recaudatoria se presentan, con carácter general, en los denominados ‘Otros ingresos del capítulo 3’ (Contribuciones especiales, cuotas de urbanización, aprovechamiento urbanístico, recargos, multas y otros conceptos). Esta situación se observa en todos los estratos de población aunque el porcentaje de recaudación es ligeramente inferior en los municipios de población superior a 500.000 habitantes”. Para el total de municipios, los porcentajes de recaudación sobre derechos reconocidos netos, son del 80,28% en las tasas por prestación de servicios; del 75,79% en las tasas por utilización del dominio público; del 88,97% en los precios públicos; y del 61,14% en los famosos “Otros ingresos (Capítulo 3)”. En los municipios de más de un millón de habitantes, ese porcentaje es del 51,46%, y para los municipios de entre 500.000 y un millón de habitantes, es del 51,82%. Es decir, además de sancionarse una mínima parte de las infracciones, en las grandes ciudades solo se recauda poco más de la mitad de las multas impuestas, porcentaje que debe estimarse sencillamente ridículo.

17. Manuel MEDINA GUERRERO: “La garantía constitucional de la suficiencia financiera de las entidades locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, número 1, febrero de 2003.

límite en la propia naturaleza de las cosas, y no es otro sino las posibilidades reales de la estructura económica del país en su conjunto (STC 132/1992, FJ 8), mientras que no cabe esquivar la sujeción de la garantía de la suficiencia a la situación económica global, teniendo su límite en el marco de las disponibilidades presupuestarias (STC 96/1990, FJ 7), lo cual entraña, en buena medida, una valoración esencialmente política. De esta forma, como insiste el mismo autor, el núcleo duro de las facultades revisoras materiales al respecto se concentra –y no sería inexacto decir “se agota”– en el control de la arbitrariedad de la medida impugnada, esto es, si el reparto de los recursos entre los entes locales adolece de falta de razonabilidad y puede, por ende, considerarse arbitrario (STC 150/1990, FJ 12), de manera que esta tendencia de la doctrina constitucional puede conducir a la erosión del contenido normativo de los correspondientes preceptos constitucionales, que se convertirían en meros enunciados vacíos de contenido. Por fin, concluye este autor exponiendo la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, de la que resulta que en períodos de crisis o estancamiento económico o, sencillamente, en el supuesto de que haya que cumplir determinados compromisos de disciplina presupuestaria, podría entenderse contrario al principio de suficiencia que se acordasen recortes desproporcionados de los ingresos de las corporaciones locales, en tanto que los recursos del nivel de gobierno responsable de su suficiencia no padeciesen merma alguna o apenas se viesen afectados.

Recientemente se han puesto de manifiesto las carencias que presenta la suficiencia financiera como principio constitucional:<sup>18</sup> es un concepto ambiguo, por la imprecisión de las competencias ejercidas por cada ente local, y por la distinta amplitud, calidad o eficiencia que cada uno de ellos aplica a la prestación del servicio público, presentando, además, una relación de fricción con otros principios configuradores de la Hacienda Pública General (solidaridad, corresponsabilidad o coordinación). Parece que el constituyente condicionara,

y quisiera matizar, que la suficiencia se define en una relación directamente proporcional al nivel de servicios y actividades que se le atribuye legalmente al ente público, con el consiguiente equilibrio. Resulta llamativo que la Constitución circunscriba la suficiencia al ámbito de la Hacienda local, pudiéndose entender que ello es la consecuencia directa de aceptar como una realidad, ya en el momento histórico de su promulgación, la de la insuficiencia de recursos de las entidades locales, con el consiguiente otorgamiento del *status* de “problema de Estado”.<sup>19</sup> Más que un principio en sentido estrictamente jurídico, se configura como una pauta a la que deben atenerse los poderes públicos a la hora de regular y actuar sobre la Hacienda local, y, en este sentido, podría observarse como un fin u objetivo que perfecciona los demás principios, particularmente el de autonomía.

Por su parte, la Ley reguladora de las bases del régimen local (Ley 7/1985) se limita en su artículo 105.1 a reiterar el contenido del precepto constitucional: “De conformidad con la legislación prevista en el artículo 5, se dotará a las Haciendas locales de recursos suficientes para el cumplimiento de los fines de las entidades locales”; es más, este precepto legal, mediante la remisión que hace a la legislación correspondiente,<sup>20</sup> viene a despojar al mandato constitucional de cualquier especial operatividad.

## 2.2. Carta Europea de Autonomía Local

Dados estos rasgos y carencias de la formulación constitucional del principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales, es obligado acudir también a las prescripciones de la Carta Europea de Autonomía Local,<sup>21</sup> cuya naturaleza de Tratado Internacional le proporciona una superioridad o primacía sobre la ley, por más que sea peculiar.<sup>22</sup>

En todo caso, los tratados son de aplicación directa una vez publicados (artículo 1.5 del Código Civil), y sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas

18. Isidro VALENZUELA VILLARRUBIA: “La suficiencia financiera de las Haciendas locales y sus carencias como principio”, *Impuestos*, número 17/2010, quincena del 1 al 15 de septiembre de 2010.

19. Para este autor, “Es como si se aceptara que en el Estado descentralizado que instituye la Constitución Española, la Hacienda local parte de una situación de precariedad respecto al resto de Haciendas territoriales que hay que corregir, dotándola de una mayor protección, de mayores garantías”.

20. La remisión del artículo 105.1 al artículo 5 carece actualmente de sentido, porque la redacción originaria de este último precepto fue declarada inconstitucional por la STC 214/1989, de 21 de diciembre, y la Ley 11/1999, de 21 de abril, dio nueva redacción al precepto. Esta Ley, dentro de la habitual incuria legislativa, no alteró la redacción del artículo 105.1.

21. Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, y ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1989).

22. Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, volumen II, Iustel, 2006, p. 468-480.

o suspendidas en la forma prevista en ellos o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (artículo 96.1 de la Constitución). Por tanto, el tratado, en este caso la Carta Europea de Autonomía Local, no solo tiene fuerza activa de ley, sino que además tiene resistencia ante leyes posteriores.<sup>23</sup> Las SSTC 49/1988 y 28/1991 destacan que los tratados internacionales reciben del artículo 96.1 de la Constitución la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; su supuesta contradicción por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. La STC 235/2000, de 5 de octubre (FJ 11), desestima la invocación en el caso de la Carta Europea de Autonomía Local,<sup>24</sup> pero si bien reitera la fórmula de que “con independencia de que los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal”, señala que la simple lectura de su texto permite constatar que la exigencia del mérito y la capacidad viene referida a la selección del personal de las entidades locales; exigencia que, sin género de duda, resulta respetada con la habilitación de carácter nacional de los funcionarios locales.

De esta forma, los principios que se recogen en la Carta han de servir, en lo que aquí interesa, para una adecuada interpretación de las normas legales internas reguladoras de las Haciendas locales. Cualquier interpretación de tales normas que vulnere tales principios ha de ser necesariamente rechazada.

La Carta proclama en su Preámbulo que las entidades locales han de beneficiarse “de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión”, y su artículo 9 (sobre los “recursos financieros de las entidades locales”) sienta en el apartado 1 el principio esencial: “Las entidades locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer

libremente en el ejercicio de sus competencias”. El resto del precepto sienta los principios complementarios a ese sustancial derecho:

- Los recursos financieros de las entidades locales deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la Ley (apartado 2).

- Una parte al menos de los recursos financieros de las entidades locales debe provenir de ingresos patrimoniales y de tributos locales respecto de los que tengan la potestad de fijar la cuota o el tipo dentro de los límites de la Ley (apartado 3).

- Los sistemas financieros sobre los cuales descansan los recursos de que disponen las entidades locales deben ser de una naturaleza suficientemente diversificada y evolutiva como para permitirles seguir, en la medida de lo posible y en la práctica, la evolución real de los costes del ejercicio de sus competencias (apartado 4).

- La protección de las entidades locales financieramente más débiles reclama la adopción de procedimientos de compensación financiera o de las medidas equivalentes destinadas a corregir los efectos del desigual reparto de las fuentes potenciales de financiación, así como de las cargas que les incumben. Tales procedimientos o medidas no deben reducir la libertad de opción de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia (apartado 5).

- Las entidades locales deben ser consultadas, según formas apropiadas, sobre las modalidades de adjudicación a estas de los recursos redistribuidos (apartado 6).

- En la medida de lo posible, las subvenciones concedidas a las entidades locales no deben ser destinadas a la financiación de proyectos específicos. La concesión de subvenciones no deberá causar perjuicio a la libertad fundamental de la política de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia (apartado 7).

- Con el fin de financiar sus gastos de inversión, las entidades locales deben tener acceso, de conformidad con la Ley, al mercado nacional de capitales (apartado 8).

Estos principios exigen un examen más detallado y sistemático, desde el ángulo de la situación económica actual y de la exacción de tasas.

23. Cfr. NEUS OLIVERAS JANÉ: “Los tratados internacionales y las fuentes del Derecho comunitario”, tema 19 de *Manual de Derecho constitucional*, Atelier, 2009.

24. Se invocó el artículo 6.2 de la Carta, que dispone que: “el Estatuto del personal de las entidades locales debe permitir una selección de calidad, fundamentado en los principios de mérito y capacidad; a este fin, debe reunir condiciones adecuadas de formación, remuneración y perspectivas de carrera”.

### 2.3. Política económica nacional

Ante todo, la Carta predica el derecho esencial de las entidades locales a tener recursos propios suficientes “en el marco de la política económica nacional” (artículo 9.1), lo que resulta igualmente obligado por la competencia exclusiva del Estado sobre las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (artículo 149.1.13.ª de la Constitución). Queda excluido, por tanto, que las corporaciones locales contradigan o ignoren la política económica general cuya definición y dirección corresponde al Estado.

Además, el derecho de las entidades locales al acceso al mercado nacional de capitales para financiar sus gastos de inversión, ha de ejercerse “de conformidad con la Ley” (artículo 9.8), de manera que ese acceso (limitado a los gastos de inversión y no extensivo a otros gastos) habrá de producirse también en el marco de la política económica general.

### 2.4. Financiación y competencias

La Carta plasma el principio de proporcionalidad entre los recursos financieros locales y las competencias previstas constitucional o legalmente (artículo 9.2). Se trata de una definición preferible a la constitucional, al emplearse el término proporcionalidad en lugar del de suficiencia, dado que la suficiencia no puede ser mesurada en abstracto, sino en relación con las competencias que hayan de ejercerse.

Sin embargo, en el ordenamiento español, como es sabido, esta cuestión no resulta pacífica: por una parte, sigue abierto el debate sobre si las entidades locales deben financiarse en función de las competencias que les atribuye el ordenamiento jurídico (servicios “propios”), o en función de las que realmente prestan (servicios “propios” e “impropios”), denominándose el coste que supone la prestación de estos últimos “gastos de suplencia”; y, por otra parte, a diferencia de la técnica seguida para la delimitación competencial del Estado y las comunidades autónomas, la Constitución no acogió el sistema de “listas” para enunciar las competencias de los entes locales, a las que ni siquiera se refiere, siendo el legislador básico el que ha regulado las competencias de ejercicio local, habilitando para ello, además de la enumeración, una cláusula general

de competencias municipales prácticamente inabarcable: “El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal” (artículo 25 de la Ley 7/1985), lo cual termina por difuminar la frontera de las atribuciones locales.<sup>25</sup>

También en relación con las competencias de los entes locales, se predica por la Carta la naturaleza diversificada y evolutiva de su sistema financiero para que pueda seguir la evolución real de los costes del ejercicio de aquellas competencias (artículo 9.4). Son manifiestas las cautelas con las que se sienta este principio: la naturaleza diversificada y evolutiva del sistema lo será “suficientemente”; y el seguimiento de la evolución real de los costes lo será “en la medida de lo posible”, si bien no solo teóricamente, sino “en la práctica”.

Consecuencia de las dos anteriores previsiones de la Carta, relativas a la proporción y coste real de las competencias, ha de ser la necesidad de la financiación de los servicios traspasados por el Estado o la Comunidad Autónoma. En tal sentido, el artículo 219.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) atiende al problema de la asunción de nuevas competencias atribuidas por las leyes y el consiguiente aumento de gastos para atenderlas. A tal fin: a) Se garantizan a los Gobiernos locales los recursos suficientes para hacer frente a la prestación de los servicios cuya titularidad o gestión se les traspase o delegue; b) Toda nueva atribución de competencias debe ir acompañada de la asignación de los recursos suplementarios necesarios para financiarlas correctamente, de modo que se tenga en cuenta la financiación del coste total y efectivo de los servicios traspasados; c) El cumplimiento de este principio es una condición necesaria para que entre en vigor la transferencia o delegación de la competencia; y d) A tal efecto, pueden establecerse diversas formas de financiación, incluida la participación en los recursos de la Hacienda de la Generalitat o, si procede, del Estado. De esta forma, se subordina la entrada en vigor de la transferencia o delegación de cualquier competencia a su acompañamiento de la asignación de los recursos necesarios para su correcta financiación, que habrá de tener en cuenta el coste total y efectivo de los servicios

25. Cfr. Isidro Valenzuela Villarrubia, obra citada en la nota 18.

que se traspasen. No se concretan las formas de financiación, que pueden ser diversas. En el mismo sentido, el artículo 84.4 del Estatuto dispone, con carácter más general, que la Generalitat debe determinar y fijar los mecanismos para la financiación de los nuevos servicios derivados de la ampliación del espacio competencial de los Gobiernos locales.<sup>26</sup>

Cabe abordar también esta relación de proporción entre competencias y financiación no desde el segundo término, sino desde el primero, esto es, dejando de ejercer los entes locales competencias impropias a través de los citados “gastos de suplencia” propios de los “servicios impropios”. La cuestión, sin duda, presenta un hondo calado político y jurídico, y difícilmente cabrá solucionarla a través de la exacción de tasas, por cuanto tales servicios suelen prestarse a personas con mínima o inexistente capacidad económica.

Por fin, no cabe olvidar que, respetando la autonomía financiera local, debe tenerse en cuenta la necesidad de asegurar una capacidad de gasto comparable entre las entidades locales.

## 2.5. Autonomía financiera local

La Carta proclama dos principios relativos a la autonomía financiera: en primer lugar, una parte al menos de los recursos financieros de las entidades locales debe provenir de ingresos patrimoniales y de tributos locales (artículo 9.3); y, en segundo término, las entidades locales deben ser consultadas sobre las modalidades de adjudicación a estas de los recursos redistribuidos (artículo 9.6).

En el primer sentido, la Conferencia de Riga sobre la democracia local en los albores del siglo XXI (3 y 4 de mayo de 2001) insistió en la necesidad de que los Estados permitan que un porcentaje adecuado de los recursos de las entidades locales provenga de los impuestos locales, sin limitarlos de forma indebida. Sin embargo, tal recomendación fue abiertamente desconocida en la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley de Haciendas locales, que proclamó la exención para la inmensa mayoría de los contribuyentes (todas las personas físicas y sociedades con cifra de negocio inferior a un millón de euros) de uno de los

impuestos básicos de la Hacienda local, el Impuesto sobre Actividades Económicas, cuyo recargo provincial es, por otra parte, la esencial fuente de ingresos por tributos propios de las diputaciones provinciales (artículo 124 LHL).

También el Informe presentado a la misma Conferencia por G. Marcou,<sup>27</sup> destacó, respecto del control de los recursos propios, una tendencia muy general a la disminución del producto de la fiscalidad propia, con la consiguiente disminución de la autonomía financiera, con las excepciones de Italia y Suecia. Se advirtió que por debajo de cierto nivel, que se puede situar en el 30 por ciento, la fiscalidad propia no puede jugar bien su papel, pues cuando representa una parte demasiado débil de los recursos totales, un aumento de estos supone un incremento de los tributos demasiado importante para ser políticamente aceptable. Por fin, se concluyó que los impuestos compartidos no garantizan la estabilidad de los recursos, porque la fórmula de reparto puede modificarse cada año, ni la autonomía del gasto, que puede enmarcarse estrictamente en normas relativas a competencias materiales. Tampoco deja de mencionarse que la competencia interterritorial presiona a la baja la presión fiscal, con la consiguiente disminución de la fiscalidad propia. Como es natural, todos estos fenómenos (incluida la citada Ley 51/2002, de reforma de la LHL), conducen al paralelo aumento de la participación en los tributos del Estado, incluso específicamente para compensar las exenciones introducidas en el Impuesto sobre Actividades Económicas (*cf.* Disposición adicional décima de dicha Ley 51/2002), con la igualmente paralela dependencia de tal participación y disminución de la autonomía financiera.

El mismo artículo 9.3 de la Carta contiene una precisión esencial relativa a los tributos locales, exigiendo que respecto de ellos las entidades locales hayan de tener la potestad de fijar la cuota o el tipo dentro de los límites de la Ley. Así lo recoge la Ley de Haciendas locales en todos los impuestos y resulta de la normativa que rige tanto las tasas como las contribuciones especiales. Como es sabido, el control jurisdiccional en estos casos habrá de ceñirse al respeto de tales límites legales y, eventualmente, a la exclusión de cualquier arbitrariedad, pero no podrá entrar a enjuiciar el uso

26. Cfr. Emilio Aragonés Beltrán: “Las haciendas locales en el Estatuto de autonomía de Cataluña”, *Cuadernos de Derecho Local*, número 14, 2007.

27. Cfr. *Documents Pi Sunyer 13*, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, noviembre de 2001.

de la potestad de fijar la cuota o el tipo dentro de dichos límites, que es una potestad, en este sentido, soberana. Lo mismo cabe recordar respecto de las bonificaciones potestativas permitidas en la Ley.<sup>28</sup>

Según el artículo 9.6 de la Carta, la consulta a las entidades locales debe hacerse “según formas apropiadas”, con lo que se remite a las que establezca cada ordenamiento interno, si bien han de ser “apropiadas”, lo que difícilmente puede ser el caso de España, a tenor de la tradición en la regulación de las Haciendas locales, relatando algún autor en detalle lo que llama “proceso negociador” de la mismísima Ley de Haciendas locales de 1988, y mencionando incluso las limitaciones que los pactos alcanzados suponían en la práctica a la soberanía parlamentaria.<sup>29</sup>

## 2.6. Compensación y subvenciones

La Carta proclama adicionalmente otros dos principios: el primero relativo a la protección de los entes locales financieramente más débiles, y el segundo al carácter incondicionado de las subvenciones.

En virtud del primer principio, dicha protección reclama la adopción de procedimientos de compensación financiera, o de las medidas equivalentes destinadas a corregir los efectos del desigual reparto de las fuentes potenciales de financiación, así como de las cargas que les incumben (artículo 9.5). Sin embargo, ni esos procedimientos ni tales medidas deben reducir la libertad de opción de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia.

Según el segundo de los principios, las subvenciones concedidas a las entidades locales no deben ser destinadas a la financiación de proyectos específicos (artículo 9.7). Pero el precepto contiene dos cautelas: ello será “en la medida de lo posible”, y la concesión de subvenciones no deberá causar perjuicio a la libertad fundamental de la política de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia.

Ambas cuestiones no dejan de suscitar problemas, pues muchas veces, lejos de compensarse a entes locales financieramente más débiles, resulta que las subvenciones se otorgan a las grandes capitales. Así,

el indicado Informe de la FEMP<sup>30</sup> señala, en cuanto al reforzamiento de la aportación del Estado hacia políticas estratégicas, que en política de subvenciones al transporte colectivo de viajeros urbano, la cantidad que reciben todos los municipios vinculados al programa es bastante inferior a lo que recibe Madrid o Barcelona individualmente por sus contratos programas.

## 3. Autonomía local en el establecimiento de las tasas

### 3.1. Decisión política

La recaudación por tasas, como ha quedado señalado, ha tenido tradicionalmente, y mantiene en la actualidad, un alcance en nada desdeñable, ascendiendo en el año 2009 a 5.364,87 millones de €, esto es, el 8,74% del total de los ingresos municipales y el 20,43% de los ingresos por tributos propios. Esencialmente, ello es debido a que las corporaciones municipales son Administraciones prestadoras de servicios y titulares de un círculo muy amplio de dominio público.

Además, no hay duda de la potencialidad recaudatoria que permite el ordenamiento jurídico, al menos en algunos de los hechos imposables y en algunas de las cuantías. Desarrollando esta potencialidad puede, cuando menos, hacerse frente a la disminución de la generación de hechos imposables, consecuencia de la crisis económica. Es obvio que si el aumento de la población, del consumo, de la actividad económica y, específicamente, de la actividad empresarial fomenta la generación de hechos imposables, la disminución en sentido contrario la minorará. La cuestión será, pues, analizar las posibilidades para ampliar la aplicación y para incrementar el rendimiento de las tasas, pero también dejar constancia de los correspondientes límites.

Posibilidades y límites que han de examinarse a la luz del principio de autonomía local, en los términos que han quedado expuestos, que remiten constantemente a la ley. Sin embargo, las normas legales aplicables a las tasas suscitan no pocos interrogantes,

28. Cfr., más ampliamente, Emilio ARAGONÉS BELTRÁN: “Ordenanzas reguladoras de los tributos locales (tasas, contribuciones especiales e impuestos)”, *Cuadernos de Derecho Local*, número 20, 2009.

29. Manuel SIERRA TOMÁS: *La aplicación de la Ley de Haciendas locales de 1998. Aspectos jurídicos y económicos*, Marcial Pons-Escuela d'Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1998.

30. Cfr. nota 6.

citando Lago Montero y Guervós Maíllo<sup>31</sup> como más importantes los siguientes: la insuficiente regulación legal de las tasas, la desmesurada exaltación de la autonomía local y el deficiente entendimiento del papel del principio de capacidad económica.

Ciertamente, la regulación legal de las tasas supone la máxima exaltación de la autonomía tributaria local. Ante todo, por el carácter potestativo de su establecimiento o no, así como por la amplia discrecionalidad en la fijación de sus cuantías y, sobre todo, porque se deja en manos de cada corporación local la esencial cuestión de decidir la forma de reparto del coste de los gastos públicos originados por la actuación administrativa y por la prestación de servicios, ya sea por vía de impuestos guiados por el principio de la capacidad económica, ya sea por la vía de tasas, guiadas por el principio de la equivalencia entre el coste de la actividad o servicio y el beneficio obtenido por el sujeto.

Al dejar la Ley esta decisión en manos de cada una de las corporaciones locales, la consagración de la autonomía local llega a su máximo, pues se trata de una decisión de gran trascendencia política y de connotaciones ideológicas. Que ello se entienda como desmesurado o no, dependerá precisamente del entendimiento que se tenga de la propia autonomía local.

Dos autores señeros han incidido, en tiempos diferentes y con ocasión del examen de problemas bien diversos, en esta cuestión:

A) En el año 1953, García de Enterría,<sup>32</sup> con ocasión de estudiar la naturaleza de las tarifas de los transportes urbanos de Madrid, señaló que el enunciado clásico de las tasas resaltó su carácter de contraprestación por la utilización individual de un servicio, insertando con ello su estructura dentro de un fenómeno de cambio. Así, Adam Smith habló de “contribuciones particulares” como opuestas a “contribución general”, financiando esta última gastos establecidos para el beneficio de toda la sociedad y debiendo ser abonada por todos en proporción a sus respectivas capacidades;

mientras que aquellas, las “contribuciones particulares”, deben ser abonadas por las personas que causan el gasto y que son, en su mayor parte, inmediatamente beneficiadas por este gasto. Se acude por esta doctrina clásica a justificar la tasa a través de la tesis de la divisibilidad o indivisibilidad de los servicios públicos y de las necesidades colectivas, del distinto uso individual de los servicios y del dato de la voluntariedad de tal uso individual.

Consecuencia de este enunciado clásico es la necesidad de la “tarifa suficiente”: se debe recurrir necesariamente a la tasa en cuanto se trate de proveer servicios de utilidad individualizada para no agravar, injustamente, a los demás contribuyentes no beneficiados. Como añade el mismo autor, toda la concepción clásica de la tasa tiene una raíz inequívocamente liberal y, más concretamente, individualista, sosteniendo que los servicios públicos están ordenados al interés puramente individual de sus usuarios, llegando incluso por algún autor de esta línea política a generalizar este criterio, postulando abiertamente la supresión de los impuestos generales y su sustitución por impuestos especiales y precios públicos de contraprestación.

El mismo García de Enterría expone acto seguido que este enunciado clásico presenta flancos graves: olvida la naturaleza esencial de la tasa como tributo, como exacción pública; se orienta al principio conmutativo de justicia cuando el criterio hacendístico parte en esencia de criterios políticos de distribución de las cargas, esto es, el principio distributivo de justicia; parte de la tesis equívoca de la divisibilidad de los servicios públicos, dado que en rigor todos los servicios serían divisibles; y, sobre todo, atomiza la objetividad del servicio público, al ignorar su carácter esencial de servicio “colectivo” y para una necesidad “colectiva”.<sup>33</sup>

Lo obvio de las consideraciones anteriores llevó a un correctivo de la tesis clásica, proponiendo

31. José M.<sup>a</sup> LAGO MONTERO y M.<sup>a</sup> de los Ángeles GUERVÓS MAÍLLO: *Tasas locales: cuantía*, Marcial Pons, 2004.

32. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: “Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, número 12, 1953.

33. Señala GARCÍA DE ENTERRÍA al respecto que la elevación a servicio público de muchos servicios antes privados se hace justamente con vistas y en virtud de esta caracterización y tratamiento colectivos, incluso desde el punto de vista financiero. Y cita como ejemplo especialmente significativo el entonces conocido como seguro de enfermedad, cuya prestación material es perfectamente divisible y cuyo funcionamiento entra en marcha en virtud de la demanda o provocación individual. Sin embargo, se excluye la financiación por el usuario y se acude a la financiación colectiva o global, incluso con contribuciones del presupuesto ordinario.

Como es sabido, resulta de permanente actualidad el debate sobre la necesidad o conveniencia de introducir también en el servicio de salud contribuciones individuales por los usuarios.

que la tasa sostendría el gasto de utilización y los impuestos financiarían el coste del establecimiento del servicio, ya que su existencia atañe directamente a la comunidad. Este correctivo no resulta suficiente para García de Enterría, que rechaza un tratamiento cuasi comercial basado en la voluntariedad del uso del servicio, pues, en todo caso, la libertad de usarlo o no equivale a la libertad de renunciar a una parte fundamental de la vida social: el verdadero título de la tasa, en cuanto verdadera exacción pública, es la ley.

Y la conclusión es la ya adelantada: la razón determinante de que un determinado servicio se cubra total o parcialmente con tasas o con impuestos no es financiera, sino política (Wagner). La tasa es un instrumento político con vistas a la limitación o a la ordenación del consumo de ciertos bienes y servicios públicos. Ello da lugar a las problemáticas de la “tarifa bonificada” y de los “precios políticos”.

B) En 1996, como consecuencia de la doctrina constitucional de la citada STC 185/1995, Ramallo Massanet<sup>34</sup> insistía en que la cuestión de fondo, de carácter sustantivo, que se planteaba con la Ley de tasas y precios públicos no era otra que la de decidir de qué forma se pretende repartir el coste de los gastos públicos originados por la actuación administrativa: si por vía de tributos –y esencialmente impuestos– guiados por el pago de acuerdo con el principio de la capacidad económica del sujeto, o por la vía de otros recursos que guían su pago por el principio de la equivalencia entre el coste de la actividad administrativa realizada y el beneficio obtenido por el sujeto.

El mismo autor reitera que es esta una decisión de una trascendencia política –y de connotaciones ideológicas– que va mucho más allá de la estructura jurídico-técnica del precio público, de la finalidad de flexibilizar y agilizar la actividad financiera pública o de racionalizar y simplificar el sistema tributario e, incluso, del central problema de su sometimiento al principio de legalidad.<sup>35</sup>

### 3.2. Artículo 21.1 LHL

Así las cosas, se ha sostenido la necesidad de que fuera la Ley la que determinara los servicios públicos que, obligatoriamente, han de financiarse con tasas, y los que han de financiarse con impuestos, lo que, se ha dicho también, vendría exigido por el principio de reserva de ley. Sin embargo, no es tal el criterio seguido por la Ley de Haciendas locales, que se limita a establecer en su artículo 21.1 un listado de servicios por los cuales no podrán exigir tasas las entidades locales, mientras que en los demás servicios existe una libertad absoluta para exigir o no tasas.

Según el citado artículo 21.1, las entidades locales no podrán exigir tasas por los servicios siguientes: a) Abastecimiento de aguas en fuentes públicas; b) Alumbrado de vías públicas; c) Vigilancia pública en general; d) Protección civil; e) Limpieza de la vía pública; f) Enseñanza en los niveles de educación obligatoria.

Señalan Lago Montero y Guervós Maíllo<sup>36</sup> que, en la mayoría de los casos de esta lista prohibitiva de servicios por los cuales no cabe exigir tasas, ocurre sencillamente que no se da uno de los presupuestos legitimadores de la tasa, la existencia de un servicio individualizable en un destinatario concreto. Es el caso del alumbrado de vías públicas, vigilancia pública en general, protección civil y limpieza de la vía pública. Tampoco es imaginable, por razones de practicabilidad en la gestión, la prestación del servicio de abastecimiento de aguas en fuentes públicas, usuario por usuario, y con un funcionario a los mandos de la grifería. Queda, pues, como supuesto de exclusión deliberada de la exigencia de tasas el de la prestación del servicio de enseñanza en los niveles de educación obligatoria, servicio básico donde los haya.

En cambio, García de Enterría, al mencionar el seguro de enfermedad,<sup>37</sup> traslada la divisibilidad tanto a la enseñanza primaria como a todos los casos del

34. Juan RAMALLO MASSANET: “Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional del tributo)”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, número 90, 1996.

35. La Exposición de Motivos de la misma Ley de tasas y precios públicos destacaba en este sentido la aspiración “a conseguir una estructura más diferenciada de los ingresos públicos coactivos, que haga recaer sobre los beneficiarios directos de ciertos servicios y actividades públicas el coste de su prestación, en lugar de financiarlos con impuestos generales aplicables a todos los ciudadanos [...]. Con esta asociación del principio básico de capacidad económica y del de equivalencia o beneficio para articular determinados tributos se espera mejorar no solo la suficiencia del sistema en su conjunto, sino los componentes de equidad y justicia del mismo, manteniendo al mismo tiempo el objetivo de contención de la presión fiscal individual”.

36. Obra citada en la nota 31.

37. Cfr. la nota 33.

entonces vigente artículo 441 de la Ley de régimen local, que hacía referencia a los mismos supuestos que ahora el artículo 21.1 LHL, si bien con algunas diferencias que interesa destacar por poder tener algún valor ahora:

– No se hacía mención a la protección civil, concepto entonces inexistente.

– Al supuesto de alumbrado público se añadía: “salvo las instalaciones especiales que el Ayuntamiento acordare en determinadas vías a solicitud de los interesados”.

– En cuanto a la vigilancia pública, la LHL añade la nota de “en general”, mientras en el texto de 1950 se mencionaba “excepto en los casos taxativamente determinados en el artículo precedente”, en el cual se sujetaba a tasa la “vigilancia de establecimientos, espectáculos y esparcimientos públicos que la requieran especial” (número 6.º). El artículo 10.4 del Reglamento de Haciendas locales de 4 de agosto de 1952 disponía que “la tasa por vigilancia especial de establecimientos, espectáculos y esparcimientos públicos tendrá efecto cuando las Empresas hayan solicitado la prestación de un servicio especial no comprendido entre los ordinarios establecidos por el Ayuntamiento, o cuando la tasa tenga carácter general”.

– A la limpieza de la vía pública se añadía en 1950: “pero esta prohibición no obstará a las prestaciones

que, para la limpieza de cada calle, impongan a sus vecinos las ordenanzas municipales”.

– La referencia actual a la enseñanza en los niveles de educación obligatoria,<sup>38</sup> se hacía en 1950 a la “instrucción pública elemental”.

– El texto de 1950 comprendía también la “conducción y enterramiento de los pobres” y la “asistencia médica de urgencia”. En cambio se sujetaba a tasas la “asistencia y estancias en los hospitales, sanatorios y dispensarios municipales, cuando se trate de personas pudientes o cuyos gastos deban sufragarse por entidades que lo sean”.

Los supuestos en que no pueden exigirse tasas, bien por prohibirse en el artículo 21.1 LHL o por faltar los requisitos para ello, no siempre han sido pacíficos. Así, la jurisprudencia ha declarado:

1. No cabe hablar de “vigilancia especial”, sino de “vigilancia pública en general”, por cuyo servicio no puede exigirse tasa alguna en un caso de festejo taurino (STS de 17 de abril de 1996).<sup>39</sup> A la misma conclusión llega la STS de 14 de abril de 1992, referida a partidos de fútbol.<sup>40</sup> No hay afección particular en el servicio de guardería rural, que se subsume en el de vigilancia pública (SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 1998 y de 30 de abril de 2002).<sup>41</sup> También se excluyen por la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de marzo de 1996 los servicios de guardería

38. El texto originario de la LHL hacía referencia a la “educación preescolar y educación general básica”, y fue sustituido por la Ley 25/1988 por “educación obligatoria”, como una simple mejora técnica acorde con las modificaciones legales en materia de enseñanza obligatoria.

39. En este caso de festejo taurino, las tasas aplicadas lo fueron por los servicios prestados por la Policía municipal, cuyas dotaciones fueron reforzadas en las inmediaciones de la plaza de toros en los días de corrida, pero sin que mediara solicitud de la citada empresa, ni la actividad de los agentes consta que se dirigiera de modo especial a ordenar la actividad realizada en el interior de la plaza, sino a ordenar el tráfico en las inmediaciones y a atender la genérica prevención general en situaciones de aglomeración de personas y vehículos, por lo que lo afectado no fue en especial la plaza de toros, sino los asistentes a los festejos taurinos e incluso los que simplemente circulaban por la zona durante las horas de las corridas.

40. En este caso, la tasa se giró por el servicio prestado por los guardas, motoristas y coches patrulla en las inmediaciones del estadio, diversos días en que se celebraban partidos de fútbol. Ni la entidad deportiva solicitó el servicio, ni el mismo consta que fuera dirigido de modo especial a ordenar la actividad realizada en el estadio; por el contrario, el servicio fue prestado en sus inmediaciones y su finalidad principal fue atender a las necesidades generales del tráfico de la zona y a las genéricas de prevención general en situación de intensa concurrencia de personas, por lo que, según el Tribunal Supremo, el objeto del mismo y especialmente afectado por él, no fue el club de fútbol en particular, sino todos los asistentes al estadio e incluso los que simplemente circulaban por la zona durante las horas de desarrollo del partido, por lo que la actividad municipal no puede calificarse como de “vigilancia especial”, y resulta, en consecuencia, improcedente exigir tasa alguna por su prestación.

41. Sobre la Tasa de guardería rural, resalta esta sentencia que según el artículo 21 LHL, las entidades locales no podrán exigir tasas por los servicios siguientes: c) Vigilancia pública en general; y los caminos rurales son bienes de dominio y uso público local, cuya conservación y policía son de la competencia de la entidad local, y su conservación, vigilancia y seguridad no puede considerarse como la prestación de un servicio o realización de actividades administrativas a los ciudadanos, sino como una actuación en bienes cuya conservación y vigilancia debe realizar el Ayuntamiento, y cuya financiación se realiza a través de los impuestos. Comprendiendo el servicio de guardería, según la Ordenanza, la vigilancia rural, que participa del concepto de vigilancia pública general del artículo 21.c) LHL, que no se refiere, afecta o beneficia, de forma particular, al sujeto pasivo, y que no es de solicitud o recepción obligatoria (requisitos ineludibles del hecho imponible, artículo 20.1 LHL). Ha de concluirse determinando la ilegalidad de la Ordenanza reguladora, y la inexigibilidad de la tasa.

rural.<sup>42</sup> No existe vigilancia especial en el despliegue de la Policía local con ocasión de un concierto (STSJ de Baleares de 21 de enero de 1997).

2. Por el contrario, existe vigilancia especial singular y efectiva en el servicio de depósito municipal de vehículos (STS de 5 de julio de 2003). Sin embargo, doctrinalmente se excluyen otros supuestos, tales como servicio de vigilancia nocturna (heredero de los antiguos “serenos”) o de viviendas situadas en urbanizaciones aisladas.<sup>43</sup>

3. Son nulas las supuestas tasas de “control e inspección del cierre de solares” y “control, registro e inspección de solares edificables” (STSJ de Cataluña de 28 de enero de 1997).<sup>44</sup>

4. No hay actividad singularizada en un sujeto pasivo concreto en la ilegal tasa por prestación del servicio de gestión del recargo del IAE, con la que numerosos ayuntamientos han venido castigando a las diputaciones respectivas (STS de 1 de julio de 2003).

5. En materia de limpieza de la vía pública, la STS de 2 de febrero de 1996 concluye que, tratándose de vías

con uso y destino público, no es posible la exacción de la tasa que ahora se impugna, siendo irrelevante el hecho de que no se hubiera producido aún la recepción provisional de las obras: no es la realidad la que tiene que sacrificarse ante el formalismo, sino al revés, es este el que debe adoptar las fórmulas que sean precisas para concordar con tal realidad, con las solas limitaciones, naturalmente, que puedan imponer principios superiores de legalidad. Para las SSTs de 25 de septiembre de 2002, de 27 de mayo de 2002, de 1 de junio de 2002 y de 25 de septiembre de 2002, es improcedente el establecimiento de una tasa para sufragar el servicio de limpieza en las estaciones de esquí, por tratarse de un supuesto de no sujeción de limpieza en la vía pública.<sup>45</sup> Según la STSJ de Navarra de 6 de octubre de 2000, es improcedente la exacción de una tasa por la retirada de la vía pública de carteles, pancartas, banderolas y pegatinas colocadas por un sindicato con motivo de una manifestación, al tratarse de elementos normalmente utilizados en el ejercicio del derecho constitucional de reunión, y sin que hubiera existido una desproporción o un uso incorrecto de la

---

42. Según esta sentencia, la definición del hecho imponible que reza en el artículo 2 de la Ordenanza reguladora –por razón del servicio de vigilancia y guardería que presta el Ayuntamiento en las fincas de cultivo agrícola o forestal radicadas en el término municipal– choca frontalmente con la prohibición legal de exigir tasas por la vigilancia pública en general –artículo 21.1.c) LHL–, una apreciación que no se basa en una mera coincidencia nominal, al constatar que el Reglamento del Servicio, a cuyo sostenimiento va dirigida la controvertida tasa de guardería rural, atribuye al mismo la vigilancia de las propiedades rústicas, y, en general, la limpieza y conservación de los caminos rurales, el desarrollo de las disposiciones sobre repoblación forestal y hasta de las podas, entre otras.

43. Cfr. S. ARNAL SURÍA: *Los nuevos impuestos municipales y otras exacciones de Derecho público de las entidades locales*, Valencia, Siete, 1990, p. 83.

44. Resalta esta sentencia que la supresión por el legislador de un tributo local ha de ser acatada por las corporaciones locales, que no pueden sustituir lo que constituye su objeto imponible por una supuesta tasa, carente de cualquier soporte legal, pues ni los supuestos servicios que se contemplan son de recepción obligatoria ni tienen fundamento en el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, ni, en todo caso, son diferentes de los de vigilancia pública en general por los que no puede exigirse tasas, según el artículo 21.1.c) de la Ley 39/1988. La extrema vaguedad de la certificación municipal aportada con su escrito de conclusiones confirma plenamente la desviación de poder que se pretende encubrir (“evaluar y mantener los solares en buen orden, entre otras finalidades coherentes con la legislación urbanística”).

45. Para estas sentencias, el servicio de limpieza de la vía pública, que el apartado e) del artículo 21 LHL, siguiendo una constante legislativa, excluye de la exigencia de tasas municipales, no es susceptible de reducción a la retirada de la suciedad producida por el uso de las calles y plazas por los vecinos. Antes, al contrario, aunque la LHL no define el concepto jurídicamente indeterminado de limpieza viaria, no cabe duda de que comprende, en términos generales y en buena lógica, mantener las vías públicas en condiciones de practicabilidad para peatones y vehículos con la retirada de los obstáculos que puedan impedirlos, como ocurre con el meteoro de la nieve, aunque esta, como fácilmente puede entenderse, no permita, sin más, su asimilación a suciedad. En este sentido, el “servicio de limpieza de nieve” o “servicio de quitanieves” no cabe duda de que se encuentra integrado en el obligatorio de limpieza viaria a que se refiere el artículo 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y, por tanto, excluido de su posibilidad de financiación a través de tasas y precios públicos, según expresa prescripción, como se ha visto, de la LHL. La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada porque la forma de prestación del servicio aquí cuestionado sea distinta en el caso de limpieza viaria (concierto) que en el de quitanieves (concesión), ni porque sea asimilable al servicio de vigilancia especial establecido en otros ayuntamientos, ni porque el servicio se preste no solo respecto de vías públicas, sino también de espacios o superficies privadas, ni porque esa retirada de nieve exija medios técnicos e inversiones que exceden notoriamente de los precisos en un normal servicio de limpieza, ni porque sea consustancial en una localidad que solo tiene como razón de existencia la actividad que se desarrolla en torno a una estación de esquí.

vía pública, y, por tanto, la actividad ha de calificarse como limpieza de la vía pública.<sup>46</sup>

6. Respecto de la enseñanza, ha de entenderse que no incluye los servicios o actividades complementarias, tales como servicio de comedor, de transporte, etc. La STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de marzo de 1996, hizo extensiva la no sujeción a la ocupación de las casas de maestros, señalando que las edificaciones para viviendas destinadas al uso de maestros constituyen bienes de dominio público afectos a un servicio público docente (artículo 4 del Reglamento de bienes de las entidades locales); se trata, por tanto, de la prestación de un servicio público, el servicio público docente, y, como tal, no sometido a gravamen.

7. Los servicios o actividades gravados con tasas han de ser de "competencia local", por lo que es nula la Ordenanza cuyo hecho imponible consiste en "la realización de las actividades administrativas que se dicen de competencia local consistentes bien en la concesión de licencia municipal al titular del área privada de caza para el ejercicio de la actividad de caza dentro del ámbito territorial del área privada que se encuentre dentro del término municipal y la revisión anual del expediente de licencia; o bien en la concesión de licencia municipal al titular del área privada de caza para la instalación de rótulos indicativos del área visibles desde la vía pública" (STSJ de Cataluña de 24 de mayo de 2007).<sup>47</sup>

### 3.3. Necesidad de Ordenanza fiscal

La Ley de Haciendas locales no establece tasas, sino que autoriza a las corporaciones locales a establecerlas, lo que necesariamente han de hacer a través de

la correspondiente Ordenanza fiscal. La jurisprudencia constitucional, ha aceptado como conforme al principio de reserva de ley que esta deje un amplio campo a la regulación por la Ordenanza, que en materia de tasas llega a la existencia misma de ellas. La Ordenanza no puede equipararse a un Reglamento estatal o autonómico, pues responde al principio democrático, siendo un producto directo de la representación del pueblo.

Los fundamentos jurídicos 9 a 11 de la STC 233/1999, declaran constitucional la regulación de las tasas en la LHL: Cuando se trata de las tasas existe una especial flexibilidad de la reserva de ley tributaria, resultando admisible una mayor intervención de la potestad de Ordenanza en aquellos ingresos, como las tasas, en los que se evidencia, de modo directo e inmediato, un carácter sinalagmático que no se aprecia en otras figuras impositivas; no es posible trasladar sin matizaciones la doctrina sobre la reserva de ley de la STC 185/1995, pues la imposición y ordenación de las tasas municipales corresponde al Pleno de la corporación, órgano que respeta escrupulosamente las exigencias de autoimposición o de autodisposición de la comunidad sobre sí misma que se adivinan en el sustrato último de la reserva de ley (STC 19/1987); en virtud de la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la corporación municipal, es preciso que la Ley estatal atribuya a los acuerdos dictados por este (así, los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de Ordenanza) un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del municipio, entre los cuales se encuentran las

46. Para la sentencia, no existe otra posible consideración si se tiene en cuenta que se trataba de una actividad lícitamente ejercitada por los sindicatos convocantes de la manifestación, actividad en la que es normal y adecuado al ejercicio del derecho el empleo de los medios antes descritos, y no se desprende de los informes antes referidos que hubiera existido una desproporción en la actividad realizada en la manifestación, o que se hubiera provocado un incorrecto uso de la vía pública o mobiliario urbano, que hubiera generado la necesidad de una actividad municipal extraordinaria para la reposición de tales bienes municipales, en relación con los estándares que se consideran como sociológicamente normales y adecuados para el ejercicio del derecho de reunión que tuvo lugar.

47. Para la sentencia, siendo pacífico que el ejercicio de la caza y el otorgamiento de licencias es competencia de la Comunidad Autónoma recurrente y no del ente local demandado, la contestación a la demanda invoca como títulos competenciales las letras a) y b) del artículo 25.2 de la Ley 7/1985 en materia de seguridad en lugares públicos y conservación de caminos y vías rurales. Sin embargo, ninguno de tales títulos competenciales, aun en la hipótesis de que tuvieran que ver con el ejercicio de la caza, habilita para la imposición de una tasa. Según el artículo 21.1.d) del TRLHL, "las entidades locales no podrán exigir tasas por los servicios siguientes: ... c) Vigilancia pública en general", sin que la prevención de los accidentes de caza que se citan sea competencia del ente local y menos que exijan una licencia local para tal prevención. En cuanto a la conservación de caminos y vías rurales, aparte de pertenecer a la categoría de utilización del dominio local, tampoco justifica la imposición de una tasa a los titulares de las áreas de caza. En tal sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 1998 ya declaró que los caminos rurales son bienes de dominio y uso público local, cuya conservación y policía son de la competencia de la entidad local, y su conservación, vigilancia y seguridad no puede considerarse como la prestación de un servicio o realización de actividades administrativas a los ciudadanos, sino como una actuación en bienes cuya conservación y vigilancia debe realizar el Ayuntamiento, y cuya financiación se realiza a través de los impuestos.

tasas; la LHL delimita el hecho imponible de las tasas en términos suficientemente precisos como para circunscribir la decisión de los municipios en la medida que exige la reserva de ley estatal constitucionalmente impuesta, de forma que, respetando la autonomía local, garantiza al mismo tiempo la uniformidad esencial de trato que reclama el principio de reserva de ley, al establecer en su artículo 20 una definición abstracta, aunque suficientemente perfilada, cerrada, de las tasas.

Por tanto, en las tasas el papel de la Ordenanza es de todo punto imprescindible: no existen tasas sin acuerdo de imposición y Ordenanza reguladora. La Ordenanza es insuprimible en las tasas, dada la desregulación estatal en la que viven y que propicia la amplitud del campo de la Ordenanza.<sup>48</sup>

## 4. Tasas por ocupación del dominio público local

### 4.1. Elementos cualitativos<sup>49</sup>

Desde la Ley 25/1998, tienen en todo caso la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que se establezcan por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, que en el texto originario de la Ley de Haciendas locales se conceptuaban como precios públicos.<sup>50</sup>

El artículo 20.3 LHL, recoge hasta 22 supuestos de utilización o aprovechamiento por el que pueden establecerse tasas, pero tal listado o enumeración es meramente ejemplificativo, quedando abierta la posibilidad de encontrar más figuras que puedan sumarse a las ejemplificadas, siempre que encajen en el concepto sintético y abstracto del artículo 20.1 LHL. El inicio mismo del artículo 20.3 alude a “cualquier supuesto”

de utilización o aprovechamiento, y a que los 22 supuestos que se citan lo son “en particular”.

Como ha quedado señalado, la recaudación por este tipo de tasas es sensiblemente inferior a la correspondiente a las tasas por prestación de servicios (en 2009, 4.260,07 millones de € de estas, y solo aproximadamente una cuarta parte, 1.104,80 millones de €, de tasas por utilización o aprovechamiento especial). En esta desproporción incide un arrastre histórico, que se manifiesta en dichos populares tan lamentables como “el que es del común no es de ningún”,<sup>51</sup> o en alegaciones como las desestimadas por la STSJ de Cataluña 301/2010, de 25 de marzo, que las contestó así: “que nadie utilizara o no el terreno es del todo punto irrelevante a estos efectos, al tiempo que el estado y acceso del mismo tampoco puede desvirtuar ni su calificación como de dominio público ni el devengo de la tasa, de manera que un particular pudiera disfrutar de él de forma gratuita. Ha de destacarse al respecto que el art. 132 de la Constitución, por primera vez en la historia constitucional española e incluso en el constitucionalismo europeo, incorpora una serie de reglas a propósito de los bienes de dominio público o demaniales, cuyo aprovechamiento especial o utilización privativa ha de dar lugar a la correspondiente contraprestación en forma de tasa”.

La realidad práctica no refleja siempre la importancia que debiera darse a este supuesto de exacción de tasas. Como señalan Lago Montero y Guervós Maíllo,<sup>52</sup> en las ocupaciones de dominio público siempre está indicada la exigencia de una tasa para resarcir a la comunidad del especial y excluyente disfrute que realiza el usuario, para evitar el abuso que en caso contrario se produciría y para gravar el enriquecimiento que afluye al patrimonio del usuario, que incorpora ahora un derecho de uso que antes no tenía. Ha de coincidirse también con las conclusiones que señalan los mismos autores:

48. LAGO MONTERO y GUERVÓS MAÍLLO, obra citada en nota 31, p. 73. Estos autores critican como excesivo el ámbito que se concede a las Ordenanzas en materia de tasas.

49. Como es sabido, son elementos cualitativos de todo tributo aquellos que sirven para identificar la existencia de la prestación, al margen de cuál sea su hipotética cuantía o importe, y, en particular, el presupuesto de hecho cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria material o principal, esto es, el hecho imponible.

50. La posterior Ley 51/2002, de reforma de la LHL, introdujo dos modificaciones: a) Supresión del supuesto de tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, en los casos de instalación de anuncios no ubicados en terrenos de dominio público local, sino únicamente visibles desde el mismo; y b) Extensión de la llamada “tasa del 1,5 por 100” (de los ingresos brutos de facturación) a las entidades que emplean redes ajenas para efectuar sus suministros, aclarando expresamente que no se incluyen en este régimen los servicios de telefonía móvil, con nueva redacción de todo el apartado 1 del artículo 24 LHL.

51. La máxima expresión del desprecio a elementales principios de convivencia es el estacionamiento de vehículos en las aceras, lo que ha obligado a muchos municipios a “blindarlas” con postes o bolardos.

52. Obra citada en nota 31, p. 84.

a) Se trata de supuestos de hecho especialmente aptos para el establecimiento de tasas, de cuantía a graduar primordialmente en función de la intensidad del uso privativo o especial verificado por cada sujeto pasivo, del valor del aprovechamiento a realizar, indicador claro de la riqueza = derecho que afluye a su patrimonio.

b) El uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público es ya un hecho revelador de capacidad económica, evidenciable en el enriquecimiento que obtiene el usuario al que se le concede el aprovechamiento especial y excluyente de algo que es de todos. Capacidad económica y beneficio se funden en estos supuestos de forma clara.

c) La tasa puede gravar y rescatar para la comunidad, incluso en su totalidad, ese enriquecimiento que aprovecha privativamente el beneficiario de la utilización especial concedida. No es, en modo alguno, necesario cuantificar la prestación atendiendo a la capacidad económica previa o genérica del usuario. La capacidad económica específica del sujeto pasivo ya aparece en el propio hecho imponible, y la intensidad con que este se manifieste, la intensidad del uso privativo, la intensidad del enriquecimiento experimentado, es por sí sola un buen parámetro, y un tope apto, para cuantificar la tasa.

Resulta de todo punto rechazable que muchos municipios abdiquen de estos principios y permitan el disfrute gratuito del dominio público local para todo tipo de actividades lucrativas, o percibiendo por ellas cantidades ridículas, sin relación alguna con la utilidad reportada. Más chocante es que, en algunos casos, sea de mayor importe la tasa por la licencia de ocupación que la tasa por la propia ocupación.

## 4.2. Elementos cuantitativos

El criterio esencial para determinar la cuantía o importe de estas tasas se contiene en el artículo 24.1 LHL: “tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público”.

Con ello se está fijando la cuantía (tanto como límite máximo como mínimo) de todas las ocupaciones de dominio público. A diferencia de las tasas por prestación de servicios, no se trata de evaluar el coste de un servicio y repartirlo entre los usuarios previsibles, sino

de evaluar en qué medida se han beneficiado los ocupantes del dominio público por su aprovechamiento privativo del mismo. La norma legal contiene una precisa mención a la “utilidad” derivada de la utilización o aprovechamiento, cuya cuantía ha de ser resarcida a la comunidad por el uso particular y excluyente que tales ocupantes realizan de algo que es de todos, el dominio público.

Ha de estarse al “valor que tendría en el mercado la utilidad”, lo que exigirá atender no solo al valor de la ocupación del dominio público local, sino también al beneficio o utilidad que reporte al ocupante. Será decisivo, pues, el informe técnico-económico a que se refiere el artículo 25 LHL para superar las dificultades prácticas que pueden surgir en cada caso.

Solo caben aquí unas ideas generales que pueden ser útiles a este propósito:

a) La referencia al mercado que se hace es coincidente con la contenida en las normas de valoración catastral de los bienes urbanos, por lo cual cabrá acudir al valor catastral como referencia, aunque no resulta indispensable estar siempre a tal valor catastral.

b) Ha de estarse a la superficie efectivamente ocupada, sin que quepa establecer superficies mínimas desproporcionadas.

c) En la tasa por entrada de vehículos a través de las aceras (vados), es correcto cuantificar la misma acudiendo al valor de mercado de la calle, e introduciendo un coeficiente corrector en función del número de plazas de aparcamiento privado. El valor de mercado de las calles no debe hacerse promediando el de todas ellas, sino atendiendo a la importancia económica de cada una.

d) Según dispone la letra b) del artículo 24.1 LHL, cuando se utilicen procedimientos de licitación pública para autorizar la ocupación del dominio público, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación.

e) La letra c) del mismo precepto regula extensamente la llamada tasa del “1,5 por 100” para las empresas explotadoras de servicios de suministros.

f) La jurisprudencia sobre el aprovechamiento del dominio hace referencia a una enorme diversidad de supuestos: vallas publicitarias; momento en que el terreno pasa a ser de dominio público en las reparcelaciones; ocupación con materiales de construcción y zona para descarga de materiales; exclusión de los bienes patrimoniales; inexistencia de duplicidad con el IBI en materia de voladizos o balcones; vados o entradas

de carruajes;<sup>53</sup> “zona azul”; paradas de taxis; playas; impuesto municipal sobre las antenas parabólicas.

g) Siendo el dato esencial la utilidad que reporte el aprovechamiento, se ha llegado a declarar ajustada a derecho la previsión, contenida en la Ordenanza reguladora de la tasa por ocupación de terrenos de uso público por mesas y sillas, de una cuota tributaria especial durante los días en que se desarrolla la Fiesta Mayor de la localidad, con relación a aquellos titulares de licencia de ocupación de terrenos de uso público con mesas y sillas en espacio público donde se realicen actividades relacionadas con tal fiesta.<sup>54</sup>

### 4.3. Supuestos especialmente problemáticos

Están provocando una abundante litigiosidad, con su correspondiente literatura jurídica, dos supuestos específicos de aprovechamiento del dominio público local:

#### 4.3.1. Cajeros automáticos situados en línea de fachada<sup>55</sup>

Según han declarado las SSTS de 17 de febrero de 2009 y de 22 de octubre de 2009, existe aprovechamiento especial de la vía pública, aunque no se trate de una utilización privativa, que da lugar a una rentabilidad singular de las entidades bancarias y de ahorro, y que justifica la exacción de la tasa, a diferencia de los supuestos de escaparates y vitrinas. El criterio esencial será la necesidad o no de ocupar la vía pública para realizar en ella las operaciones correspondientes.<sup>56</sup> Por

tanto, no procede la tasa cuando los cajeros están localizados en el interior de las sucursales bancarias, ni tampoco cuando estén retranqueados de la línea de fachada de forma que no sea necesaria la ocupación de la vía pública para operar en ellos.

La doctrina jurisprudencial sobre los cajeros automáticos permite también la exacción de tasas por la existencia de otras máquinas expendedoras, así las de bebidas refrescantes. No se ha suscitado todavía la cuestión de la cuantificación de esta tasa, dada la prudencia con la que suele establecerse, pero un criterio posible sería atender al coste del espacio que, en otro caso, habría de destinar quien sea titular del cajero automático.

#### 4.3.2. La tasa del régimen general para las empresas de telefonía móvil<sup>57</sup>

La STS de 16 de febrero de 2009 pareció zanjar esta controvertida tasa, que está dando lugar a una altísima litigiosidad, al menos en cuanto a los presupuestos generales de la misma. La cuestión parecía centrada, exclusivamente, en la corrección del método de cuantificación de la tasa, en la medida en que pudiera suponer un fraude de ley respecto de la exclusión de los servicios de telefonía móvil del sistema de cuantificación de la letra c) del artículo 24.1 LHL.

La propia Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, en su resolución de 7 de septiembre de 2010,<sup>58</sup> admite la legitimidad de la tasa de cuantificación general, cuestionando únicamente la forma de cuantificación de la misma, derivada de los modelos de Ordenanzas propuestos por la FEMP.<sup>59</sup>

53. La STS de 19 de diciembre de 2007 anuló la Ordenanza de Sant Quirze del Vallès que establecía la tasa en función de que las aceras estuvieran o no elevadas sobre el nivel de la calzada.

54. STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2007, que estima suficientemente justificadas en la correspondiente Memoria del Ayuntamiento de Vilafranca del Penedès las cuotas especiales.

55. Cfr. Pablo CHICO DE LA CÁMARA, obra citada en nota 7, p. 127 a 135; y Rafael J. SANZ GÓMEZ y Alfonso SANZ CLAVIJO: “Pararse en la calle”, una nueva fuente de financiación de las entidades locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 13, mayo 2010.

56. Por el contrario, SANZ GÓMEZ y SANZ CLAVIJO quieren establecer el criterio en la “parada en la calle”, lo que no se ajusta al sentido de los pronunciamientos judiciales examinados, que añaden a ese dato (que ya diferencia de los escaparates y vitrinas, en que únicamente se trata de la mera visión) el esencial de realizar las operaciones correspondientes (lo que lo diferencia de las “colas” para acceder a locales o transportes).

57. Cfr. Pablo CHICO DE LA CÁMARA, obra citada en nota 7, p. 135 a 139; y Emilio ARAGONÉS BELTRÁN: “Telecomunicaciones y tributación local”, *Cuadernos de Derecho Local*, número 22, 2010.

58. Puede consultarse en *Tributos Locales*, número 97, noviembre de 2010, p. 195 a 214.

59. La Sala del TSJ de Cataluña ha dictado varios centenares de sentencias estimando ajustadas a derecho las Ordenanzas fundadas en informes técnicos basados en el “informe-modelo” elaborado por la Diputación de Barcelona y similares al mismo. Las conclusiones de estas sentencias son las siguientes:

1.ª) Se ajustan a derecho aquellas Ordenanzas basadas en informes que recogen particularizadamente los Kms. de red de transporte por tipo de transmisión, los indicadores significativos relativos a telefonía fija y telefonía móvil (ingresos del sector, número de líneas y consumos medios), los criterios y parámetros para determinar la cuantía de la tasa por servicios de telefonía móvil, siendo los relativos al valor de la utilidad derivada del aprovechamiento especial del dominio público local (llamadas a teléfonos fijos, llamadas a teléfonos móviles y parámetro de facturación parcial); en los que, a continuación, los resultados

El estudio de 2008 propiciado por la misma FEMP, sostiene como razonable que las empresas que prestan servicios de telecomunicaciones móviles queden sujetas a las tasas locales por utilización y aprovechamiento del dominio, para lo cual sería importante que en el artículo 20 del TRLRHL, que se refiere al hecho imponible, quede perfectamente explícito que los beneficiarios del aprovechamiento especial del dominio público local no son solo los titulares de las redes tendidas en él, sino también aquellos que no siendo titulares de las redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a estas. Asimismo, defiende el mismo estudio que debería eliminarse la exclusión de las empresas de telefonía móvil del régimen especial del artículo 24.1.c) LHL, tratando, a su vez, de resolver los problemas de territorialización de sus ingresos, de modo que el importe de la tasa no se determine a partir de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan en el término municipal, sino de una magnitud distinta más ajustada a la compensación real por el servicio prestado a nivel local, como, por ejemplo, los ingresos medios por operaciones correspondientes a la totalidad de los clientes de comunicaciones móviles que tengan su domicilio en cada término municipal.<sup>60</sup>

Recientemente, la cuestión ha sufrido una inesperada complicación, al entender el Tribunal Supremo que determinados aspectos de estas Ordenanzas son contrarios al Derecho comunitario. El auto de 29 de octubre de 2010 (Recurso de casación 861/2009, Ordenanza del Ayuntamiento de Tudela) ha acordado plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1.ª) ¿El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de

comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?

“2.ª) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?

“3.ª) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?”

La lectura de este auto sugiere algunos comentarios:

a) La primera de tales cuestiones prejudiciales resulta de difícil comprensión, pues el precepto de la Directiva no se refiere a las empresas titulares de la red. El propio auto recoge que la Directiva permite establecer gravámenes para compensar el uso exclusivo de propiedades públicas o privadas para la instalación de recursos, sin que, pese a lo que se dice en el mismo párrafo del auto, desaparezca toda idea de contraprestación, pues esa compensación no puede ser otra cosa.

Y, sobre todo, hace ya años que esta cuestión (diferenciación entre titular y usuario) quedó solucionada por la jurisprudencia en otros suministros y se recoge explícitamente desde la Ley 51/2002 en la letra c) del artículo 24.1 LHL: “Este régimen especial de cuantificación se aplicará a las empresas a que se refiere este párrafo c), tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los sumi-

---

obtenidos se contrastan con la estimación del valor de uso del aprovechamiento especial del suelo municipal, en función del valor catastral, acudiendo, entre otras consideraciones, a los preceptos del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales sobre el valor del usufructo y el valor del derecho de uso; y en los que, por fin, se procede al contraste lógico del parámetro con los ingresos municipales que podrían obtenerse en el año 2009 por aplicación de la tasa del 1,5% sobre ingresos brutos, previsto en el régimen especial de Telefónica (Ley 17/1987 y Real decreto 1334/1988).

2.ª) Con tal tipo de informes, u otros que recojan parámetros similares, se cumple el esencial principio de la cuantificación de acuerdo con la letra a) del artículo 24.1 LHL, sin que quepa atribuirles que se trata de una fórmula encubierta para lograr gravar a las empresas operadoras en el sector de la telefonía móvil con el 1,5% de los ingresos brutos, tal y como establece el artículo 24.1.c), de cuya cuantificación se excluyen los servicios de telefonía móvil.

3.ª) En resumen, habrá de estarse a la utilidad, que es el concepto al que se remite el artículo 24.1.a), pero sin caer en una aplicación encubierta de la letra c).

60. *Cfr.* nota 6. El mismo informe hace referencia también al régimen fiscal especial de Telefónica, sosteniendo que supone una anomalía que será necesario subsanar ante la aparición de nuevos operadores de telefonía fija y móvil. En este sentido, caben dos posibilidades: a) derogar dicho régimen, sujetando a Telefónica al régimen tributario común, o b) establecer un régimen fiscal especial para todos los operadores de telecomunicaciones que presten servicios en la totalidad del territorio nacional.

nistros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a estas". El sujeto pasivo de la tasa es, en suma, quien obtiene la correspondiente utilidad, con independencia de que sea titular o no de la red, sea esta telefónica, eléctrica o de otro tipo. Desde luego, los operadores de telefonía fija (distintos de Telefónica, que goza de un régimen especial) son sujetos pasivos de la tasa, aunque no sean titulares de la red, y abonan pacíficamente la correspondiente exacción. Los operadores de móviles utilizan la red de telefonía fija y, con total independencia de quien sea el titular de esta, han de abonar la tasa, sin que el Derecho comunitario ampare su disfrute gratuito. Por tanto, el criterio del auto del Tribunal Supremo que se comenta parece retroceder más de diez años y reabrir una cuestión ya solventada entonces, tanto jurisprudencial como legislativamente.

b) La segunda cuestión prejudicial se refiere, nada menos, que al cumplimiento por "las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida" de los requerimientos de "objetividad, proporcionalidad y no discriminación, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos" a que se refiere la Directiva. Es bien llamativo que se haga alusión, por una parte, a unas concretas condiciones de una específica Ordenanza, y, por otra, a principios de una extrema vaguedad, como la objetividad, proporcionalidad o uso óptimo de los recursos. Parece que se traslade en bloque al Tribunal de Luxemburgo la solución del concreto litigio.

El auto sostiene que la necesidad de responder al uso óptimo de esos recursos resulta desconocida mediante una Ordenanza fiscal que no solo no contiene disposiciones que permitan deducir el objetivo de lograr un mejor aprovechamiento del dominio público de la corporación local, sino tampoco la optimización del establecimiento de redes en el término municipal. Tal argumento parece desconocer que el uso de la red que se hace se refiere a la instalada hace decenas de años por quien, entonces y ahora, es su titular, y utiliza un dato que la Directiva fija en beneficio de los ayuntamientos (o de los titulares privados), en su perjuicio: sea o no óptimo el uso del aprovechamiento será cuestión que en nada afecta a quien lleva a cabo ese uso.

Adicionalmente, se vuelve en el auto a la cuestión de la titularidad o no de las redes, sosteniendo que no es proporcional y sí discriminatorio que se grave igual al no titular como al titular. Pero ello es exactamente lo que ocurre con las empresas distribuidoras y

comercializadoras de los suministros a que se refiere la letra c) del artículo 24.1 LHL. Es más: la empresa titular, como no tendrá ingresos procedentes de la facturación del suministro, nada habrá de pagar. Y esto es del todo aplicable a las empresas operadoras de telefonía fija que, de ordinario, no son titulares de la red. Por fin, una solución contraria a la fijada en la Ley conllevaría un enriquecimiento torticero de las empresas de suministro: siendo los mismos e idénticos los aprovechamientos y utilidades, prácticamente nada habrán de pagar con la sola escisión de tales empresas en varias, una titular de la red, otra generadora, otra distribuidora y otra comercializadora. Prácticamente lo mismo ocurre con la operadora dominante en telefonía, titular de la red de telefonía fija: cada vez paga menos por la disminución de los ingresos de tal telefonía fija y tampoco quiere pagar por el uso de la misma red por una empresa filial dedicada a la telefonía móvil.

La única cuestión realmente polémica en esta tasa para la telefonía móvil se refiere a la ciertamente discutible cuantificación en relación con el volumen de ingresos. Pues bien, a esta cuestión dedica el auto del Tribunal Supremo un escueto párrafo (el 5.7), del siguiente tenor: "Tampoco parece que se cumpla el principio de objetividad, desde el momento en que el gravamen establecido por la ordenanza (el artículo 5, dejado sin efecto por la sentencia de instancia) basa su cuantificación en el volumen de ingresos obtenidos en el municipio por las compañías operadoras de telefonía móvil". De prosperar este criterio, tampoco habría objetividad en todo el sistema de cuantificación establecido en la letra c) del artículo 24.1 LHL, que basa la cuantificación en el volumen de ingresos, como vienen haciendo las leyes de régimen local desde tiempos inmemoriales (así, en el artículo 448 de la Ley de régimen local de 1950: participación en los ingresos brutos o en el producto neto de la explotación).

c) La tercera cuestión prejudicial interroga acerca del efecto directo del artículo 13 de la Directiva en cuestión, cuyo tenor es el siguiente: "Artículo 13. Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos. Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean

discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)”.

En realidad, parece irrelevante el efecto directo o no de este precepto comunitario en cuanto se limita a sentar principios de una generalidad equivalente a la propia conformidad a derecho de los cánones o derechos. Si la tasa en cuestión es discriminatoria, no transparente, arbitraria o desproporcionada, será contraria a derecho, y ello resultará de la propia Ordenanza o del Informe técnico-económico, sin necesidad alguna de acudir al Derecho comunitario ni al Tribunal de Luxemburgo.

La lectura de los Considerandos 30 a 34 de la Directiva, pone de manifiesto que se limita a perseguir que las tasas, cánones o derechos no distorsionen la competencia ni creen barreras a la entrada en el mercado: con un sistema de autorización general –se dice– ya no será posible asignar los costes administrativos, y por ende las tasas, a las empresas, excepto en lo que se refiere a la autorización de derechos de uso de números, frecuencias de radio y derechos de instalar recursos. En el Considerando 31 se llega a señalar que “Un ejemplo justo, sencillo y transparente de criterio de asignación de tasas podría ser una clave de distribución en función del volumen de negocios”. Además de las tasas administrativas, se pueden imponer cánones por el uso de radiofrecuencias y números como instrumento que garantice la utilización óptima de tales recursos, cánones que no deben obstaculizar el desarrollo de los servicios innovadores ni de la competencia en el mercado. El objetivo de transparencia exige que los proveedores de servicios, los consumidores y otras partes interesadas puedan acceder fácilmente a toda la información relativa a derechos, condiciones, procedimientos, tasas, cánones y decisiones en materia de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, derechos de uso de radiofrecuencias y números, derechos de instalación de recursos, planes nacionales de uso de frecuencias y planes nacionales de numeración.

El propio artículo 13 de la Directiva se refiere, en lo que aquí interesa, a los “derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma”, cuyos principios se predicen, al igual que los “derechos de uso

de radiofrecuencias”, con los mismos objetivos de no distorsionar la competencia ni crear barreras a la entrada en el mercado. No es fácil entender la relación con estos objetivos que tenga la tasa municipal que nos ocupa. Obviamente, si el recurso se instala en una propiedad privada, o por encima o por debajo de ella, quien se beneficia de la instalación habrá de compensar económicamente (“indemnizar”: dejar indemne, sin enriquecimiento ni empobrecimiento) al propietario; justamente lo mismo ha de ocurrir cuando se trata de una propiedad pública, siendo la tasa que comentamos el medio legal idóneo para obtener esa compensación o indemnización. El Derecho comunitario no parece aportar nada, más allá de la genérica apelación a la transparencia, para resolver la cuestión capital de la cuantía de esta compensación (tasa).

d) Debe concluirse que parece hacerse un flaco favor al Derecho comunitario invocando sus genéricos principios, ajenos a la problemática de la tasa en cuestión, para avalar las pretensiones de las empresas de telefonía móvil de disfrutar “de balde”<sup>61</sup> del dominio público local, cuyo aprovechamiento es una *conditio sine qua non* para la obtención de sus ingresos (en todo caso, y sin discusión posible, para las llamadas de móvil a fijo).

Urge que esta cuestión quede solventada al nivel que corresponda, primordialmente legislativo, para que los ayuntamientos perciban los ingresos que compensen, en proporción a la utilidad o beneficio proporcionados, el aprovechamiento del dominio público local que hacen las empresas de telefonía móvil (que, por otra parte, queda bien visible y patente cuando de vuelo se trata, dada la agresión a la estética que suponen los cables, postes, palomillas, etc.).

## 5. Tasas por prestación de servicios

### 5.1. Elementos cualitativos

La regulación de esta clase de tasas en la LHL incorpora dos hechos imponderables que cabría analizar separadamente: la prestación de servicios públicos, por una parte; y la realización de actividades administrativas, por otra parte. En los dos casos, es requisito adicional que se trate de servicios o actividades de competencia

61. Según el Diccionario de la Real Academia, el término “balde” procede del árabe hispánico “bátíl”, y este del árabe clásico “bátíl”, esto es vano, inútil, sin valor, y su significado es “gratuitamente, sin coste alguno”.

municipal que se refieran, afecten, o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos (artículo 20.1).

El artículo 20.4 LHL contiene el correspondiente listado, más extenso aún que el correspondiente a la utilización o aprovechamiento del dominio local, agotando el abecedario. Su interés es muy relativo, pues también aquí en el inicio mismo del precepto se alude a “cualquier supuesto” de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas, y a que los supuestos que se citan lo son “en particular”.

En las tasas por realización de actividades administrativas han incidido la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior) y la legislación interna de transposición (norma horizontal o “paraguas”: Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y norma vertical o “Ley ómnibus”: Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio). Las conclusiones que aquí interesan son las dos siguientes:<sup>62</sup>

a) El listado del artículo 20.4 LHL es abierto, por lo que en los casos en que, por aplicación de la Directiva, no se otorguen ya licencias, podrá establecerse la correspondiente tasa por las actividades administrativas de control o comprobación posterior en los casos de comunicación previa o declaración responsable. Pero será necesaria para ello una específica previsión en la correspondiente Ordenanza fiscal, dado el carácter potestativo de las tasas, ampliando el hecho imponible para aquellos casos diferentes del otorgamiento de licencias. Para el cobro de la tasa será decisivo que se lleve a cabo efectivamente una actividad administrativa de competencia local que justifique el cobro de una tasa, sea por el otorgamiento de la licencia o por el ejercicio, igualmente efectivo, de las facultades de control, comprobación, verificación, inspección e investigación, en los casos de comunicación previa o declaración responsable.

b) Las entidades locales no pueden recaudar por una tasa una cantidad superior, en su conjunto, al coste real, si se conoce a priori, o previsible del servicio o actividad

por cuya prestación o realización se exija dicha tasa. Es una consecuencia esencial de la propia naturaleza de las tasas, sin que el régimen constitucional y legal vigente permita la imposición de verdaderos impuestos indirectos sobre el uso de los servicios o actividades públicas. Las llamadas “desnaturalizaciones de las tasas” por incurrirse en “excesos reprobables” en la determinación de sus cuantías, encontrarán en la Directiva un nuevo y potente obstáculo para su mantenimiento. En todo caso, la simplificación de actividades administrativas que supone la Directiva habrá de trasladarse a la correspondiente reducción de las cuantías en las tasas en que se refleje, que podrá hacerse mediante la aplicación de un porcentaje sobre la tarifa por el otorgamiento de licencias.

## 5.2. Elementos cuantitativos

El párrafo primero del artículo 24.2 LHL sienta el principio esencial en la materia: “el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate”. Se configura así la tasa como un tributo retributivo del coste del servicio que se presta, que constituye su razón de ser y su límite cuantitativo. La cobertura de costes hace referencia al coste global de los servicios, siendo recogido en el texto legal (“en su conjunto”), no rigiendo estrictamente el principio de equivalencia, que hace referencia al coste individualizado de cada servicio o actividad.

Sin embargo, aunque tanto el citado artículo 24.2 como el artículo 25 de la misma LHL se refieren exclusivamente al “conjunto” o a la “cobertura” del coste, ello no significa que ese sea el único límite de cada concreta tasa girada, pues hay que estar a la previsión del artículo 20.1 de la Ley de tasas y precios públicos, que exige que la memoria económico-financiera ha de referirse no solo al coste, sino también a la “justificación de la cuantía de la tasa propuesta”. De esta forma, la función de la memoria es justificar el grado de “cobertura” del coste de los servicios por los ingresos generados por la tasa, pero además a esa función se añade la de justificar las cuantías concretas de las tasas exigibles –equivalencia–.<sup>63</sup>

62. Cfr. Emilio ARAGONÉS BELTRÁN: “Las repercusiones tributarias de la Directiva de servicios en el ámbito local”, *Cuadernos de Derecho Local*, número 23, 2010.

63. Cfr. LAGO MONTERO y GUERVÓS MAÍLLO, obra citada en nota 31, p. 76. Apuntan estos autores que el principio de equivalencia ha sido reconocido, incluso, en el ámbito comunitario como una expresión del respeto al principio de libre competencia, habiéndose prohibido la existencia del precio no equitativo, entendiéndose por tal “aquella contraprestación que no guarde una relación razonable con el valor económico de la prestación recibida”, lo que podría afectar a los aranceles notariales y registrales.

El segundo párrafo del mismo artículo 24.2 contiene una amplia enumeración de costes que deben tomarse en consideración para la determinación del importe de las tasas:

- los costes directos e indirectos,
- inclusive los de carácter financiero,
- amortización del inmovilizado y
- en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa,
- todo ello con independencia del presupuesto u organismo que lo satisfaga.

– El mantenimiento y desarrollo razonable del servicio o actividad de que se trate se calculará con arreglo al presupuesto y proyecto aprobados por el órgano competente.

Por fin, el artículo 24.4 LHL permite que, para la determinación de la cuantía de las tasas, puedan tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas. En esta redacción, producto de la Ley 25/1998, se rectifica el anterior criterio legal sobre la aplicación de criterios genéricos de capacidad económica: frente al texto anterior en que se establecía el carácter obligatorio y sin excepciones de tenerse en cuenta tales criterios, se vuelve a un carácter facultativo u optativo de cada corporación local. El problema se traslada así a la potestad tributaria de cada ente local y a las dudas de constitucionalidad que puede suscitar el desconocimiento de la capacidad económica en este tipo de tributos.<sup>64</sup>

Una buena síntesis de la doctrina jurisdiccional al respecto se contiene en la STS de 30 de noviembre de 2002: En las tasas se coloca en una posición claramente secundaria el principio de capacidad económica, habida cuenta de que, también a diferencia del impuesto, la prestación tributaria no se satisface porque se realice un hecho que manifieste mayor o menor capacidad económica, sino porque se recibe un servicio de la Administración, de forma que el principio informador prevalente es

el de equivalencia de costes, pero no en relación con el coste del servicio concreto que se preste por la Administración, sino, en su conjunto, respecto del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate.

Sin embargo, dentro de la referida potestad tributaria de cada ente local, cabría tener presentes algunos principios básicos: a) La mera existencia del servicio interesa a la comunidad en general, por lo que no todo el coste del servicio debiera ser repercutido a los usuarios; b) La aplicación de criterios de capacidad económica debe hacerse con una especial justificación, para evitar tanto duplicidades como desproporciones notorias.<sup>65</sup>

### 5.3. Memoria o informe económico-financiero

Toda propuesta de establecimiento o modificación de Ordenanza reguladora de cualquier tasa ha de adoptarse a la vista de los necesarios informes técnico-económicos (artículo 25 LHL). En las tasas por servicios o actividades, es el instrumento técnico que la Ley establece para contrastar si se ha violado o no el mencionado límite global.

La ausencia de estos informes constituye la omisión de un trámite esencial del procedimiento para el establecimiento o modificación de la tasa en cuestión, que cabe invocar tanto en impugnaciones directas como indirectas de la Ordenanza. También ha de estimarse posible la invocación en impugnaciones indirectas de las Ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas de insuficiencias sustantivas del mismo informe, pues no estamos entonces ante irregularidades “procedimentales”, sino ante defectos, insuficiencias o irregularidades auténticamente “sustantivos” del informe, cuya constatación habría de conllevar la anulación de las liquidaciones por no ser conforme a derecho la Ordenanza.

Sin embargo, no es necesario un nuevo informe técnico-económico cuando se trate únicamente

64. La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de junio de 2002 resume adecuadamente el problema: el ajuste del importe de la tasa al coste del servicio es un límite infranqueable, de manera que la aplicación de criterios de capacidad económica del sujeto pasivo nunca puede llevar a la cuantificación de la tasa por encima del importe del servicio, lo que conlleva la nulidad de la tarifa que contiene una estructura progresiva, que conduce a la fijación de cuotas carentes de proporcionalidad para con el coste del servicio que se presta.

65. Cfr. STSJ de Cataluña de 25 de febrero de 2010: No cabe compartir que exista una plena autonomía limitada solo por el respeto a la cifra global del coste real o previsible de la actividad en su conjunto, y que, dentro de ese límite, no exista impedimento de ninguna clase para establecer una amplia dispersión de cuotas en función de criterios de capacidad económica. En la misma sentencia se estima inconsecuente e incoherente, y por ende arbitrario, que, sobre la distinta capacidad económica ínsita ya en las cuotas mínimas municipales del IAE que se toman en cuenta para fijar las cuantías, se apliquen coeficientes multiplicadores carentes de cualquier racionalidad, y en cualquier caso con total ausencia de cualquier explicación o justificación.

de incrementar las cuantías de acuerdo con el IPC. Y tampoco cabe acudir rígidamente a un examen a posteriori de los costes y de los ingresos efectivos:

a) Porque el citado artículo 24.2 LHL se refiere a los costes “previsibles”, concepto que por su propia naturaleza excluye cualquier pretensión de equivalencia matemática entre importe y coste efectivos, comprobados a posteriori, de forma que solo cuando conste un exceso injustificado, reprochable, notorio y excesivo cabrá tenerlos en cuenta, siendo viable acudir a elementos “previsibles”, a la “disponibilidad” del servicio y a las correspondientes extrapolaciones y proyecciones, siempre con el infranqueable límite de no exceder el importe de las tasas, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad;<sup>66</sup> y b) Porque, adicionalmente, de admitirse que cuando por una favorable coyuntura supere lo recaudado a lo previsto, por las actividades e instalaciones efectuadas en un ejercicio, hubiera de devolverse el exceso, sería preciso admitir igualmente que, en el supuesto contrario de una coyuntura desfavorable en que tales actividades e instalaciones fueran inferiores a las previstas, habrían de girarse liquidaciones complementarias, lo cual resulta de todo punto contrario a derecho.

No existe una especial exigencia en cuanto al autor de los informes. De ordinario se encargarán al interventor o secretario-interventor de la entidad local, pero caben otras alternativas, tales como la asunción de estudios de otras corporaciones, como la Diputación Provincial, Universidades, etc., de acuerdo con la importancia de las cuestiones abordadas. Han de ser necesariamente previos a la adopción de los correspondientes acuerdos y no cabe la subsanación a posteriori.

Como destaca la STS de 8 de marzo de 2002, pese a las dificultades que conlleva es menester no obstante un mínimo rigor en su planteamiento y formulación, debiendo rechazarse estimaciones puramente voluntaristas, por carentes de todo apoyo técnico y estadístico, pues el informe constituye la principal, si no la única, garantía de los contribuyentes ante la posible arbitrariedad de los ayuntamientos y consecuente indefensión de los contribuyentes.

Sin embargo, las declaraciones jurisdiccionales sobre las cuantías de las tasas son, en general, “deferentes” con las entidades locales. Solo se declaran nulas aquellas cuantías en que se aprecian desnaturalizaciones palpables de las tasas, por el “exceso reprochable” que supone su cuantía.<sup>67</sup>

66. Las SSTS de 5 de febrero de 2009 y de 28 de marzo de 2010, declaran la validez de la tasa unitaria para la prestación de servicios y actividades vinculados a la adquisición y uso de una licencia de taxi, establecida por la Entidad Metropolitana del Transporte de Barcelona. Según estas sentencias: “Se exige la tasa en el momento de la adquisición de la licencia por razón de todos los servicios que como consecuencia de ello se prestan al titular de la misma, pero ello no comporta violación del principio de igualdad con relación al resto de titulares porque estos, en la misma situación, es decir, en el momento de tener acceso a la relación jurídica de sujeción especial mediante la obtención de la licencia, abonaron también la correspondiente tasa”.

67. Cfr. la STSJ de Cataluña 1214/2006, de 30 de noviembre de 2006, que anula tanto la liquidación por la llamada Tasa por Licencia ambiental como las tarifas de la Ordenanza. La liquidación girada tenía un importe de 105.801,83 euros, equivalentes a 17.603.943 de las antiguas pesetas, que representaba el 40,63% de la totalidad de los costes previstos para el ejercicio. La sentencia sostiene que se ha producido una desnaturalización de la tasa, al ser su importe irracional, declarando que la tasa prevista por la Ley lo es exclusivamente para resarcirse de los costes generados por la intervención, y no para allegar recursos adicionales. Se dice al respecto en el Fundamento sexto: “Supone una manifiesta desnaturalización de la tasa de que se trata que su importe sea de más de 105.000 euros cuando el proyecto técnico a que se refiere la Ley, y que hay que ‘comunicar’ para su comprobación, ha ascendido, según consta probado en los autos, a poco más de 3.200 euros. No resulta racional que el coste de comprobar un proyecto ascienda a una cantidad que multiplica por más de 32 veces el coste del propio proyecto.

“Tal conclusión, además de irracional, es contraria al tenor del art. 24 de la Ley de Haciendas locales, produciéndose la citada desnaturalización de la tasa por un exceso injustificado, reprochable, notorio y excesivo, porque nunca una simple recepción de una comunicación y documentación, y una estereotipada actividad municipal (en realidad, según el contenido del expediente administrativo, ninguna actividad administrativa distinta de la propia liquidación de la tasa), puede suponer una tasa de más de 17 millones de pesetas. Es un ejemplo típico de los denunciados por la doctrina de frecuentes fenómenos de ‘desnaturalización’ de la tasa, convirtiéndolo en la práctica en un impuesto indirecto, sin legitimación legal para ello y con resultados injustos de forma patente, pues no cabe permitir la imposición de verdaderos impuestos indirectos sobre el uso de los servicios públicos (SSTS de 11 de junio de 1996, de 6 de febrero de 1995, de 20 de julio de 1994, de 22 de mayo de 1998).

“Y nada tiene que ver con las anteriores conclusiones la autonomía municipal que se invoca en el escrito de oposición a la demanda, pues tal autonomía ha de ejercerse dentro de la ley y de la racionalidad y no permite pretender cobrar unos supuestos costes por unas actividades municipales (repcionar y comprobar, si es que esta última actividad se produjo, pues nada consta al respecto en el expediente) que exceden en más de 32 veces el coste de unas actividades privadas de mayor envergadura (el propio proyecto). Es cierto que no hay norma legal que limite estas liquidaciones al beneficio particular obtenido, pero sí las hay que las limita al coste del servicio, que bien poco han de guiarse, como se pretende por el Ayuntamiento, por la trascendencia económica de la actividad. Esta última circunstancia tiene que ver con las cuotas de los distintos impuestos, pero no con el importe de las tasas”.

## 5.4. Supuestos especialmente problemáticos

Entre los innumerables problemas que plantean las tasas por prestación de servicios o realización de actividades, cabe examinar sucintamente los siguientes actuales:

### 5.4.1. Consecuencias de la disminución de la actividad económica

Basada la cuantía de las tasas en la ecuación importe máximo conjunto = coste servicio o actividad, resulta claro que cuando por la coyuntura económica disminuya la propia dimensión del servicio o actividad, y, con ello, el importe a recaudar, no podrá estarse al mismo coste del servicio o actividad. Por ejemplo, si la actividad administrativa llamemos “normal” por licencias urbanísticas exigía las retribuciones de los correspondientes técnicos y administrativos, y ahora, con la crisis de la construcción, solo se tramita la mitad o menos de licencias, no cabrá girar tasas por el doble o más del importe de las anteriores. En consecuencia, el servicio o actividad resultará necesariamente deficitario, salvo que se redimensione su coste.

En realidad, se trata de un problema común de este tipo de tasas: al basarse su cuantía en recaudaciones o costes “previsibles”, se está partiendo de un axioma que la realidad ha desmentido, esto es, que pueda preverse la coyuntura económica de ejercicios siguientes. La decisión más prudente sería mantener las cuantías anteriores, sin más modificaciones que las resultantes del IPC, en espera de una estabilización económica en los respectivos sectores.<sup>68</sup>

### 5.4.2. Tasa de basuras

Como es sabido, un elevado número de ayuntamientos, en el momento en que se introdujo legalmente la posibilidad de fijar tipos más altos en la Contribución Territorial Urbana (después IBI), justificó la elevación de tales tipos en la paralela supresión de la tasa de

basuras (ahora pomposamente llamada de recogida y reciclaje de residuos sólidos urbanos).

Sin embargo, en los últimos tiempos se acude a una especie de “resurrección” de esta exacción, sea parcialmente, para los residuos comerciales e industriales, caso del correspondiente precio público en Barcelona;<sup>69</sup> sea totalmente, a través de la correspondiente tasa, caso de Madrid, que ha provocado una llamativa protesta ciudadana, que se ha traducido en un sinnúmero de reclamaciones y recursos.<sup>70</sup>

Desde un punto de vista jurídico, estas decisiones de reinstaurar la tasa de basuras no resultan cuestionables. Se trata de decisiones políticas, que entran en el ámbito de la potestad tributaria municipal y no son controlables jurisdiccionalmente, sino únicamente a través de los correspondientes mecanismos políticos. Es bien llamativo que como reacción ciudadana se produzca un fenomenal atasco en los órganos jurisdiccionales o de resolución de reclamaciones. Al tiempo, la lentitud en la respuesta de estos propicia un atasco y una lentitud general mayor, sin que a nadie parezca preocuparle demasiado.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha rechazado las impugnaciones: entre otras, sentencias 1716/2009, de 3 de diciembre de 2009, y 1718/2009, de 3 de diciembre de 2009. La sentencia 205/2010, de 9 de febrero de 2010, ha declarado la procedencia de la exacción de la tasa por la mera disponibilidad del servicio, con independencia de la efectiva utilización por el interesado, declarando ajustada a derecho la tasa en relación a viviendas desocupadas de forma permanente. Sin embargo, la sentencia 1225/2010, de 17 de junio de 2010, estima en parte un recurso contra la Ordenanza de limpieza de los espacios públicos y de gestión de residuos del Ayuntamiento de Madrid, y anula la imposición de la limpieza viaria a los ciudadanos, por entender contrario a derecho el traspaso de la obligatoriedad del servicio de la Administración al administrado, así como la posibilidad de sancionar a la Comunidad de propieta-

68. La cuestión se presta a toda clase de conjeturas. Así, es de esperar que tras los pasados excesos, la actividad urbanística e inmobiliaria quede cuanto menos estancada las próximas décadas. Por otra parte, a un período de apertura desbocada de oficinas bancarias o de ahorro, seguirá probablemente otro de ajuste, sin apertura alguna adicional y con posible cierre de no pocas de ellas. O, ya en un terreno más anecdótico, la nueva Ley “antitabaco” propiciará un aumento y mayor rendimiento de los llamados “veladores”, terrazas de bares de mayores dimensiones y utilización; podría decirse que tal Ley ha supuesto una “revalorización” del dominio público local. Todo ello debiera llevar, con la necesaria prudencia y justificación, a las correspondientes modificaciones de las Ordenanzas.

69. Cfr. *supra*, STSJ de Cataluña 628/2010, de 17 de junio de 2010, reseñada en nota 9.

70. Según los cálculos del presidente del Tribunal Económico-Administrativo del municipio de Madrid, puestos los papeles de las casi 100.000 reclamaciones interpuestas contra liquidaciones por la tasa de basuras unos encima de los otros, alcanzarían una altura superior al edificio más alto de Madrid.

rios, pues solamente las personas físicas o jurídicas pueden ser responsables de infracciones.

### 5.4.3. Desistimiento y renuncia de las solicitudes de licencia

El tenor de las letras h) e i) del artículo 20.4 LHL, referido al “otorgamiento” de las licencias, ha dado lugar a una destacable polémica doctrinal y jurisprudencial, pues se ha querido deducir de tal tenor que el hecho imponible de la tasa está integrado por la obtención de la propia licencia, no produciéndose cuando la licencia es denegada o se desiste o renuncia de la solicitud. Este ha sido el criterio seguido por el Tribunal Supremo durante varias décadas, dando lugar a la anulación de numerosas Ordenanzas y a la redacción de otras muchas conforme con dicho criterio.<sup>71</sup>

Sin embargo, la STS de 5 de febrero de 2010 ha supuesto un vuelco total en dicho criterio. De forma explícita, se señala en tal sentencia que “Esta Sala entiende, superando concepciones como la mantenida por la sentencia citada de 19 de enero de 2000 y las que la recurrente invoca (8 de julio de 1996, 18 de diciembre de 1995 y 11 de febrero de 2005) que no es aceptable, como ha puesto de manifiesto la doctrina más reciente, exigir la concurrencia de un beneficio particular para el contribuyente, en el sentido de que se satisfagan las pretensiones ejercitadas al instar la puesta en marcha de la actividad administrativa de que se trate”. A partir de ahí, el Tribunal Supremo sienta una nueva doctrina, con las siguientes conclusiones:

- La actividad administrativa no tiene por qué finalizar con un acto en que se acceda a las pretensiones del solicitante, ya que el hecho imponible se articula en el aspecto material de su elemento objetivo en torno a la realización de la actividad administrativa o la prestación del servicio, más allá de cuáles sean sus resultados.
- La existencia de la actividad o del servicio legitima la exigencia de la tasa, incluso aunque como resultado de la misma no se produzca un acto administrativo

formal que dé fin al procedimiento correspondiente, pues que la actividad administrativa se refiera, afecte o beneficie al sujeto pasivo no significa que deba ser necesariamente, y en todo caso, favorable a sus pretensiones, sino solo que ha sido provocada por él, como interesado.

- Si el servicio o actividad municipal solicitados por el interesado se desarrollan efectivamente y se refieren a él, le afectan o benefician de modo particular, es jurídicamente irrelevante que el resultado final de dichos servicio o actividad sea, o no, favorable a sus pretensiones, ya que en todo caso se habrá realizado el elemento objeto del hecho imponible de esta clase de tasas.

- El argumento de que si se produce la denegación de una licencia por incompatibilidad del proyecto de las obras cuya autorización se solicita con los planes y normas urbanísticas, la actividad municipal desplegada beneficia íntegramente al conjunto de los ciudadanos y no de manera particular al solicitante que ve rechazada su pretensión, olvida que los costes de la actividad administrativa han sido provocados por el solicitante de la licencia, al que la actividad se refiere o afecta, por mucho que no le beneficie en el sentido de resultar conforme a sus pretensiones, lo que no viene exigido por el repetido artículo 20 del TRLRH.

- En los casos de desistimiento del interesado antes de que la resolución administrativa se dicte, el reintegro del 50% de la tasa satisfecha resulta conforme con lo dicho, siendo distinto que la actividad municipal, técnica o administrativa, no haya llegado a prestarse por causas no imputables al sujeto pasivo, en cuyo caso nos encontramos ante un caso de falta de devengo y exigibilidad de la tasa.

- En los casos de renuncia de la licencia concedida, ha de tenerse en cuenta que se ha desarrollado la actividad municipal, tanto técnica como administrativa, tendente al otorgamiento de la licencia, y que sobre la base de que se dan los presupuestos del hecho imponible de la tasa, se ha exigido y efectuado el pago de la tasa, sin que nada obligue a la Administración

71. Por todas, la STS de 19 de enero de 2000 declaró que las actuaciones municipales realizadas como consecuencia de la solicitud de las licencias no dan lugar al devengo de la tasa correspondiente si la resolución final del expediente es denegatoria de la licencia solicitada, pues, aunque el hecho imponible está constituido no tanto por la consecuencia de un resultado concreto –la obtención de la licencia– como por la prestación de unos servicios o la realización de unas actividades de competencia municipal, en las tasas derivadas de la concesión de licencias urbanísticas, dicha actividad se ordena a un resultado –la concesión de la licencia– que concreta en el solicitante la condición de beneficiario o afectado positivamente por la actividad municipal y permite considerarle como sujeto pasivo de la tasa, de forma que si la actividad municipal conduce a una denegación de lo solicitado, desaparece la razón de ser del tributo.

Cfr. J.I. RUBIO DE URQUÍA: “Importante pronunciamiento del Tribunal Supremo en materia de tasa por expedición de licencias urbanísticas”, *Tributos Locales*, número 94, abril-mayo de 2010.

municipal a tener que reintegrar, total o parcialmente, la cuota satisfecha en su totalidad.

Las consecuencias de este auténtico *overruling*, o apartamiento de la doctrina jurisprudencial precedentemente sentada al respecto, suscitan problemas que deben resolverse dando nueva redacción a los preceptos de las Ordenanzas que seguían la jurisprudencia ahora abandonada.<sup>72</sup>

#### 5.4.4. Naturaleza de las tarifas por abastecimiento domiciliario de agua

La financiación de los servicios públicos locales resulta necesariamente diversa según los servicios de que se trate:

a) Existen determinados servicios públicos locales que, por sus especiales características, no admiten una financiación con cargo a los usuarios, siendo el caso de los servicios públicos el ya examinado artículo 21.1 LHL. La forma de retribución del gestor de estos “servicios gratuitos” para el ciudadano (ejemplo típico, el alumbrado público) consiste en el pago a este de un canon por la entidad local, sin cobro alguno al usuario (se financian con impuestos y otros ingresos).

b) Junto a estos servicios gratuitos, encontramos “otros que implican ejercicio de autoridad” y que por ello son incompatibles con el cobro de tarifas u otras prestaciones al usuario por el gestor (así, el de recogida domiciliar de basuras). Aquí, la forma tradicional de retribución del gestor ha sido igualmente el pago a este de un canon, sin perjuicio de la posibilidad de que la entidad local establezca una tasa que cobra directamente de los sujetos pasivos (sin intervención del gestor).

c) En los “demás servicios”, el interrogante se centra en determinar si la contraprestación exigida a cambio de los mismos servicios puede tener, en algún caso, la consideración de precio privado. El problema surge, en particular, cuando la prestación del servicio se lleva

a cabo por un sujeto que actúa conforme a normas de Derecho privado, ya se trate de gestión directa o de gestión indirecta a través de un concesionario. Es el caso, en particular, de la prestación del servicio de suministro domiciliario de agua.<sup>73</sup>

La postura tradicional del Tribunal Supremo ha consistido en establecer una diferenciación entre lo que sería, por un lado, la potestad tarifaria de los entes públicos, y, por otro lado, la potestad tributaria. En virtud de esta, se establecerían tributos, entre ellos las tasas; y en virtud de la potestad tarifaria se aprobarían tarifas de servicios públicos. Por tanto, las tasas se refieren a la actividad prestada directamente por la Administración, y las tarifas a la actividad prestada por concesionarios.<sup>74</sup> En definitiva, el Tribunal Supremo ha venido tradicionalmente distinguiendo entre la prestación de un servicio de forma directa por el ente público local, que daría lugar a la percepción de una tasa, y la prestación del servicio por un sujeto que actúa conforme a normas de Derecho privado, que daría lugar a un ingreso de esa misma naturaleza, es decir, a una tarifa o precio privado.

El problema que surge de inmediato es si esta postura sustentada por el Tribunal Supremo era compatible con la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional a partir de 1995, en relación con la figura de las “prestaciones patrimoniales de carácter público” (esencialmente, SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, y 182/1997, de 20 de octubre), de cuya doctrina resulta que las tarifas exigidas como pago por los servicios públicos locales de carácter indispensable o irrenunciable –según la concepción material de la coactividad elaborada por la jurisprudencia constitucional–, prestados por sujetos que actúan sometidos al Derecho privado (como de forma paradigmática es el servicio de abastecimiento de agua potable), son, desde un punto de vista ontológico, prestaciones patrimoniales de carácter público del artículo 31.3 de la Constitución, con el consiguiente sometimiento al principio de reserva de ley.<sup>75</sup>

72. Por el contrario, la nueva doctrina allana de obstáculos el establecimiento de tasas para los casos en los que, conforme a la Directiva de Servicios, no sea preceptiva la licencia, sino que baste la comunicación previa o la declaración responsable, constituyendo el hecho imponible las actividades administrativas de control posterior a ellas.

73. La autorización administrativa o su no necesidad no prejuzga la naturaleza de la contraprestación, aunque la existencia de tal autorización pueda ser un argumento en favor de una determinada postura doctrinal o de *lege ferenda* sobre tal naturaleza.

74. *Cfr.*, por todas, SSTS de 29 de enero de 1998 y de 2 de julio de 1999.

75. En tal sentido se pronuncia la citada STC 182/1997, de 20 de octubre, con las siguientes palabras: “Mientras el tributo debe satisfacerse, directa o indirectamente, a entes públicos, la prestación patrimonial de carácter público concurre ‘con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe’. Lo verdaderamente importante es su sujeción al principio de legalidad por tratarse de una prestación patrimonial de carácter público. Por eso el procedimiento de interponer la sociedad pública foral para el cobro del canon no puede servir para eludir los requerimientos objetivos que para la validez de las prestaciones patrimoniales de carácter público dimanar del principio de legalidad. A los usuarios el esfuerzo contributivo les resulta el mismo, cualquiera que sea la forma de organización que internamente haya arbitrado la Administración para la gestión recaudatoria”.

La promulgación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, ha incidido en la polémica, al disponer el segundo párrafo de su artículo 2.2.a): “Se entenderá que los servicios se prestan en régimen de Derecho Público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público”. De la interpretación tanto literal como auténtica (enmiendas parlamentarias) del precepto resulta que el legislador pretendió que, en todos los supuestos de recepción obligatoria de los servicios y actividades públicos, la contraprestación tuviera la condición de tasa, con independencia de la forma de gestión o prestación de los mismos, y precisamente por exigirlo la jurisprudencia constitucional.

El mismo criterio se ha recogido por la Dirección General de Tributos,<sup>76</sup> y resulta también de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a las “tarifas portuarias” (SSTC 63/2003, de 27 de marzo; 102/2005, de 20 de abril,<sup>77</sup> y 121/2005, de 10 de mayo).

Finalmente, el Tribunal Supremo ha acomodado su doctrina anterior y tradicional al nuevo régimen legal. Así, la STS de 12 de noviembre de 2009<sup>78</sup> declara que sea cual fuere el modo de gestión del servicio, incluso a través de concesión, la contraprestación exigida no puede tener otra naturaleza que la de tasa. El resultado es considerar de aplicación al ámbito local la referencia a que la forma de gestión del servicio no afecta a la

naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión.<sup>79</sup>

A la misma conclusión llega la reciente sentencia 298/2010, de 5 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona, declarando que el precio que la Sociedad de Aguas de Barcelona cobra en contraprestación del servicio que proporciona a los ciudadanos de esta capital es ilegal, porque estamos ante un precio que ha sido tramitado como una tarifa privada respecto de un servicio, como el de suministro domiciliario de agua, que está sometido a una tasa.<sup>80</sup>

Los problemas que se suscitan, aparte del formidable de la presunta ilegalidad de las tarifas privadas que se están cobrando en gran parte de las ciudades españolas, residen en que la Ley general tributaria carece de cualquier norma transitoria y derogatoria al respecto, pese a su indudable impacto sobre un régimen tradicional de financiación como el tarifario.

Ciertamente, el régimen de precios privados, por muy intervenidos, regulados y autorizados administrativamente que estén, es incompatible con el carácter coactivo de la contraprestación de que se trata, resultante de consuno del monopolio en que se presta el servicio y de su carácter de indispensable para la vida. Sin embargo, esta conclusión no impide: a) Que se integre en la cuantía de la prestación el beneficio del sujeto privado prestador del servicio –así, el concesio-

76. Informe de 26 de octubre de 2007: La naturaleza de tasa no queda alterada por el mero hecho de que el servicio o actividad de que se trate no se preste o realice directamente por la entidad local, sino que se preste o realice por medio de cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público. No hay duda sobre la calificación como tasa de las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio de suministro de agua potable, con independencia de la modalidad de gestión adoptada. La remuneración que se establezca a terceros, cuestión conceptualmente ajena a la relación tributaria que se produce entre el ente público acreedor y el usuario del servicio municipal, habrá de hacerse con cargo a los presupuestos municipales.

77. Según esta sentencia: “Y son tributos, con independencia de que los denominados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad portuaria de forma directa o indirecta, tal y como se desprende, en la actualidad, del párrafo segundo del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria”.

78. Se refiere a un caso en que el Ayuntamiento de Alicante acordó atribuir a las contraprestaciones de los servicios de conservación de los contadores del suministro domiciliario de agua primero y después a las del servicio de alcantarillado, hasta entonces precios públicos, la naturaleza de tarifas o precios privados, a título de ingresos propios de la sociedad que presta dichos servicios, Aguas Municipalizadas de Alicante, empresa mixta.

79. Se añade que “La consecuencia de la argumentación expuesta no es irrelevante: las tasas a recaudar, en cuanto ingreso de Derecho público de la Hacienda municipal, han de ingresarse por su importe total en las arcas municipales y ello con independencia de que se hayan utilizado sistemas de gestión directa o indirecta. En este último supuesto, la remuneración que se establezca a terceros, cuestión conceptualmente ajena a la relación tributaria que se produce entre el ente público acreedor y usuario del servicio municipal, habrá de hacerse con cargo a los presupuestos municipales. Tendría, pues, que alterarse en el caso que nos ocupa, la gestión de la tasa, ingresándose en el presupuesto público municipal, aunque se declarara su afectación al mantenimiento del servicio, con pago final de su importe a la empresa concesionaria”.

80. No obstante, la sentencia no niega por esa sola ilegalidad la exigibilidad de la deuda causada por el suministro ni la procedencia del corte del mismo, dado el negocio jurídico sinalagmático existente y la interdicción del enriquecimiento injusto.

nario–, sin el cual se estaría abocando a una exclusión de hecho de esa forma de gestión de ciertos servicios públicos, como lo es el de abastecimiento domiciliario de agua; y b) La calificación de la contraprestación como tasa no debe significar una renuncia a la técnica del “corte por impago”, que cabría establecer en la correspondiente Ordenanza local.

También aquí se estima imprescindible la intervención del legislador, que impida otra oleada de litigios ante la notoria discordancia entre la legislación y la realidad práctica. Como destaca el citado Informe de la FEMP de 2008, no se puede estar realizando debates políticos anuales sobre las tasas relacionadas con los suministros de agua, al tiempo que urge resolver los problemas de gestión y recaudación que ocasiona su consideración como tales tasas.<sup>81</sup> En las conclusiones del Informe se solicita la resolución del conflicto sobre la naturaleza de la contraprestación, así como dejar mayor autonomía recaudatoria a las empresas municipales que gestionan el servicio.<sup>82</sup> ■

---

81. *Cfr.* nota 6. Se propugna en el informe (p. 397 y 398) la conveniencia de estudiar cómo facilitar la gestión de estos servicios a través de empresas especializadas en ello: “Estas podrían tener entre sus funciones la del cobro, en periodo voluntario, del coste de dichos servicios, bien configurando como precio los servicios de abastecimiento de agua potable, saneamiento y depuración o bien buscando una nueva figura ‘ad hoc’ en la que se permita la convivencia de una relación entre empresa suministradora y el abonado distinta de la relación entre Administración Pública y contribuyente. Hemos de reiterar que son servicios frecuentemente prestados por empresas municipales, empresas mixtas e incluso podría darse el caso de que fueran empresas privadas, lo que ocasiona grandes problemas –de establecerse como tasas– para la gestión y recaudación. Incluso debería abrirse plantearse que el periodo de cobro en voluntaria fuese especial en atención a las relaciones antes indicadas”.

82. En la p. 407 del Informe se contienen las conclusiones respecto de las tasas, y, en relación con la “Gestión y recaudación de tasas por saneamiento, depuración y abastecimiento domiciliario de aguas”, se dice lo siguiente:

“Habría que contemplar todas las posibles fórmulas de gestión de estos servicios para comprobar cuál es la naturaleza de la contraprestación (tasa, precio público, precio privado,...), tanto si el servicio lo presta una sociedad municipal como si lo hace una sociedad mixta o una netamente privada a través de una concesión.

“En la actualidad el asunto es complejo ya que la última reforma de la Ley general tributaria establece como tasas la contraprestación de estos servicios y de ser así deben ser los servicios municipales, entre ellos el Órgano de Gestión Tributaria para los municipios que así lo tengan establecido, quien recaude la misma, haciéndose poco eficiente por ello su cobro.

“Solicitamos que se resuelva este conflicto y dejar mayor autonomía recaudatoria a las empresas municipales o entidades públicas empresariales que se creasen para la gestión de los referidos servicios.

“Es recomendable analizar, en el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como tiene establecido (a través del Decreto 120/1991 de 10 de septiembre), el Reglamento del suministro domiciliario de agua. En él se configura la relación entre abonado y entidad suministradora, pública o privada, y se dan una serie de facultades respecto al cobro de la ‘Factura’ de suministro, la constitución de fianzas, las causas de denegación del suministro, los motivos del corte del suministro, etc. Parece alejarse de lo que la Ley general tributaria señala como Tasa en su nueva versión en el artículo 2.2. párrafo segundo”.

---

# Las instituciones locales en tiempo de crisis: reforma institucional y gestión de recursos humanos en los Gobiernos locales

Rafael Jiménez Asensio

*Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.*

*Socio-director del Estudio de Consultoría Sector Público S.L.*

1. Planteamiento
2. Una crisis económica distinta y con efectos a largo plazo sobre nuestros Gobiernos locales
3. Algunas referencias comparadas de la crisis y sus efectos sobre el nivel local de gobierno
4. La crisis fiscal de los Gobiernos locales en España: atención especial a la situación financiera de los municipios
5. ¿Qué hacer? Cómo pueden los Gobiernos locales enfrentarse a una crisis fiscal que ha venido “para quedarse” un largo período de tiempo
6. Reformas institucionales en el ámbito local para hacer frente a la crisis: algunas propuestas
  - 6.1. Medidas de reforzamiento institucional del sistema de gobierno local y de su financiación
  - 6.2. Medidas de reforma estructural y organizativa. Una apuesta por la dirección pública profesional
  - 6.3. Medidas de reforma del empleo público
7. Bibliografía

## Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el impacto que tiene la crisis económica sobre las instituciones locales. A tal efecto, el centro de atención se sitúa en los aspectos relativos a la reforma institucional y a la gestión de recursos humanos en los Gobiernos locales. Por tanto, la finalidad de este estudio es analizar los efectos endógenos de la crisis económica sobre el nivel local de gobierno.

El estudio parte de examinar el tipo de crisis económica que afecta a España y a sus instituciones, después presta atención a las diferentes respuestas que para afrontar la crisis económica se han puesto en circulación en diferentes países europeos, concretando por último los efectos que la crisis está teniendo sobre los Gobiernos locales españoles.

El estudio se cierra con una valoración general sobre un catálogo de medidas que pueden llevar a cabo los Gobiernos locales para afrontar la crisis económica desde la perspectiva de la reforma de la institución y de los recursos humanos. La finalidad de este estudio es, por tanto, poner en valor la reforma institucional de los gobiernos locales como medio de salir reforzados de la situación de crisis y prestar mejores servicios a los ciudadanos.

Palabras clave: *Gobierno local; crisis económica; crisis fiscal; reforma de la Administración; reforma institucional; recursos humanos; organización; racionalización administrativa.*

## Abstract

*This article analyzes the impact of the economic crisis on local governments. In this context, the article pays attention to institutional reforms and the human resources management of local governments. Therefore, the purpose of this study is to examine the endogenous effects of the economic crisis on the local level of governance.*

*First, the article studies the type of economic crisis that affects Spain and its institutions. Second, the article explores several responses that have been launched in Europe in order to fight the economic crisis. Third, the article specifies the effects of the economic crisis on Spanish local governments.*

*Finally, the article includes a general evaluation of the catalogue of measures available to local governments in order to fight the economic crisis from the standpoint of institutional reforms and human resources. Therefore, the final aim of this article is to launch institutional reforms of local governments as a mean to overcome the economic crisis and improve public services in benefit of citizens.*

Key words: *local governments; economic crisis; public finance crisis; administration reform; human resources; organization; rationalization of administration.*

## 1. Planteamiento

Este trabajo pretende analizar, desde una perspectiva básicamente institucional, cuál es el impacto que la crisis económica está teniendo sobre el nivel local de gobierno, y, más en concreto, presentar cuáles son las reformas institucionales, así como aquellas medidas innovadoras, que en materia principalmente de organización y recursos humanos deberían poner en marcha los Gobiernos locales, con el fin de apuntalar esas instituciones y reforzar así su legitimidad institucional en un contexto de marcada crisis fiscal.

Es verdad, como inmediatamente se dirá, que la crisis económica tiene otros muchos impactos (de naturaleza exógena) sobre el ámbito local, a los que las propias instituciones locales pretenden dar cumplida respuesta, pero aquí se abordarán –sobre todo al final de este estudio– preferentemente, tal como decíamos, las medidas relativas a organización y recursos humanos, sin perjuicio de que tales medidas están directamente condicionadas por el marco general del problema. Ni que decir tiene que este trabajo se enmarca en la finalidad de abrir un espacio de reflexión ante la difícil coyuntura por la que atravesarán los Gobiernos locales en España, una vez constituidos, tras las elecciones locales de mayo de 2011.

Para analizar esta problemática (Gobiernos locales y crisis económica) partiré de un esquema muy simple. En primer lugar, realizaré unas breves consideraciones sobre la naturaleza de esta crisis económica, que ya ha sido enunciada como la “Gran Recesión” (a imagen y semejanza de la “Gran Depresión” de los años treinta del siglo pasado), y, en particular, sobre los rasgos que esta crisis presenta en España, y especialmente cómo se proyecta sobre los Gobiernos locales.

En segundo lugar, ofreceré un rápido cuadro comparado de cómo ha afectado y está afectando la crisis económica a los Gobiernos locales, con especial atención a los de los países miembros de la Unión Europea. Tal vez así seamos conscientes de que, a pesar de nuestras propias peculiaridades (que, sin duda, agravan mucho la situación de nuestros Gobiernos locales en relación con el resto), hay algunos patrones comunes en el diagnóstico y en las propias soluciones. Aunque, efectivamente, la situación española se ve especialmente agravada por el deficiente marco institucional y el marcadamente insuficiente régimen actual de financiación local.

Por tanto, en tercer lugar haré un rápido recorrido por la situación actual de bancarrota financiera

de buena parte de los Gobiernos locales en España, deteniéndome en la situación de algunos municipios. En verdad, lo que interesa poner de relieve en este apartado es cómo los Gobiernos locales (municipios) están viéndose contagiados por un modelo institucional y de financiación que ofrece signos evidentes de agotamiento.

En cuarto lugar, me detendré en las medidas que deben (o pueden) llevar a cabo los Gobiernos locales para afrontar, mediante instrumentos propios, la crisis económica. En este punto convendrá llevar a cabo una distinción que es importante: la crisis económica –como bien ha expuesto Velasco (2010)– afecta a los municipios de dos maneras: a) como sujetos pasivos de la crisis (esto es, como entidades públicas con déficits de ingresos y mayor demanda de gastos); y b) como sujetos activos de la recuperación económica (es decir, como entidades de promoción económica). En suma, se puede hablar, en línea de lo ya expuesto, de que la crisis económica se proyecta sobre los municipios a través de dos dimensiones: endógena y exógena.

Obviamente, en estos momentos centraremos la atención en las medidas de carácter endógeno que los Gobiernos locales deben impulsar para hacer frente a una situación de crisis fiscal que sin duda se proyectará durante varios años. Es verdad que, por lo común, tanto en España como en los países de la Unión Europea, el enfoque dominante para hacer frente a la crisis desde la perspectiva local ha sido –tal como se verá– el exógeno, pero no lo es menos que difícilmente podrán nuestros Gobiernos locales impulsar soluciones anti-crisis en determinados ámbitos sectoriales, si antes no han reordenado su arquitectura institucional interna y fortalecido su organización y personal. Así, se cerrará este trabajo con una breve reflexión sobre el papel institucional de los Gobiernos locales, y las medidas de reforzamiento institucional que cabe adoptar para hacer frente a la etapa de crisis fiscal.

Entre tales medidas, tal como decía, interesa en estos momentos prestar atención a aquellas reformas institucionales o elementos de innovación local que se proyecten sobre la organización local y sobre las personas que en ella trabajan, pues –como tiempo habrá de comprobar en detalle– las políticas de ajuste impulsadas en esta primera etapa en nuestras Administraciones Públicas deben encontrar un justo equilibrio con la apuesta por modernizar las estructuras y por la inserción de medidas de innovación en el campo de los recursos humanos. Si no, será imposible afrontar

los duros retos que se les presentan a nuestros Gobiernos locales en los próximos años: intentar hacer lo mismo con menos recursos y de forma más eficiente.

## 2. Una crisis económica distinta y con efectos a largo plazo sobre nuestros Gobiernos locales

No se trata de narrar ahora cuáles han sido las causas y cuáles los inmediatos efectos de la crisis económica en la que nos hayamos inmersos, pero esta es una materia que ha sido analizada profusamente por un buen número de autores de formación económica, y sobre la cual existe un relativo consenso. Algunos análisis minuciosos de la crisis son, por ejemplo, los de Stiglitz (2010) y de la Dehesa (2009). En este punto cabe indicar que los economistas han mejorado su debilitada posición, en la que les dejó el estallido de la crisis –ya que muy pocos de ellos (se cita siempre la excepción de Roubini) intuyeron lo que venía–, y sí que se han mostrado “a posteriori” como unos buenos analistas de lo que ha sido ese auténtico *tsunami* económico financiero, que tuvo al mundo civilizado al borde de la hecatombe en el otoño de 2008. Aun así, las divergencias entre ellos vuelven a florecer cuando de diagnosticar las posibles soluciones y los escenarios de futuro se trata.

Tampoco es necesario aquí hacer hincapié en las medidas que se han adoptado por parte de los Estados (y, por lo que ahora importa, por el Gobierno español) para hacer frente a esa situación. Las inyecciones de capital público a las entidades financieras han constituido una de las líneas de defensa que se han aplicado en la totalidad de los países desarrollados para hacer frente a los primeros efectos de la crisis. Asimismo, las políticas de estímulo fiscal han configurado un elemento importante para hacer frente a ese marco excepcional.

Todo ello es sobradamente conocido, pero el problema fundamental se sitúa en que tanto las inyecciones de capital público como los estímulos fiscales han tenido como consecuencia necesaria lo que se ha denominado como “el ensanchamiento de los déficits públicos y un incremento de los niveles de endeudamiento del Estado” (Viñals, 2010). En nuestro caso esos efectos son más que evidentes: las inyecciones de capital a las entidades financieras y las políticas de estímulo fiscal se han llevado a cabo por medio de deuda pública. Bien es cierto que hay opiniones de algunos renombrados

economistas (Krugman y Stiglitz, entre otros) que abogan por continuar por la senda “keynesiana”, esto es, por dedicar más recursos públicos a activar el crecimiento económico, pues las medidas de contención –a su juicio– están hipotecando ese crecimiento. Sin embargo, el problema de los países de la Unión Europea (y, en especial, de España) radica en que ya no tienen márgenes de maniobra para reconsiderar esa política de reducción del gasto público, pues parece ser que incluso la existencia del euro está en peligro.

Es verdad que, como también se ha dicho, “puesto que ha ocurrido lo impensable, las autoridades han reaccionado haciendo también lo impensable”. Pero todo ese *tsunami* ha dejado secuelas marcadas en nuestro sistema económico y, por lo que ahora interesa, en nuestro sistema institucional de los Gobiernos locales.

El déficit público se ha disparado hasta un 11,2 por ciento del PIB en 2009, lo que ha hecho encender las luces de alarma, y, junto con otra serie de factores que ahora no pueden ser tratados (como el volumen ingente de la deuda privada, que se estima en un 300 por ciento sobre el PIB), ha producido una reacción fuertemente negativa de los mercados (crisis de la deuda soberana), conduciendo a nuestro país a una situación límite que ha obligado al Gobierno central a cambiar radicalmente su hoja de ruta y a llevar a cabo una serie de medidas de ajuste fiscal extraordinario (Real decreto ley 8/2010), a elaborar precipitadamente una tibia y discutible reforma del mercado laboral (Real decreto ley 10/2010 y, posteriormente, la Ley 35/2010), a impulsar una primera reforma (aplazada en el tiempo) del sistema financiero de las cajas de ahorro, a anunciar una nueva reforma de mucho más calado de tales entidades financieras (y su más que previsible conversión en bancos), así como a pactar, justo en el tiempo límite, la reforma del sistema de pensiones con los agentes sociales (enero de 2011), y, en fin, lo que es más grave, a esbozar (aunque sin mucho entusiasmo) que posiblemente esas medidas no sean suficientes para afrontar la crisis fiscal en la que se encuentran inmersos el Estado y sus Administraciones Públicas. La “fiebre reformista” del Gobierno central se ha visto acelerada en los últimos tiempos (particularmente durante el mes de enero de 2011) y contrasta seriamente con unos años de inacción e, incluso, de negar la evidencia. Desde mayo de 2010 se puede decir, sin riesgo a exagerar, que España está “bailando” al borde del precipicio, y que solo esas ingentes dificultades son las que parecen

haber activado la palanca de algunas reformas estructurales que, al parecer, dormían el sueño de los justos. En todo caso, los acontecimientos se aceleran, y en pocas semanas o meses el escenario puede dar un vuelco radical. Aunque es posible que en 2011 algo mejoren (o no) las cosas.

Y, efectivamente, la crisis económica parece que comienza a desaparecer (al menos bastantes países europeos, aunque sea tímidamente, ya están dando muestras de recuperación económica, lo que no es el caso de España), pero una vez “gestada” la crisis, se trata ahora de hacer “la digestión” de esa crisis, tal como ha reconocido Tugores (2010). En efecto, como señala este autor, “las consecuencias del gran volumen de deuda y déficit públicos puestos en marcha inicialmente, (han dado lugar al período) que denominamos de ‘digestión’ de la crisis y su factura, destinado a tener una duración y gravedad al menos similar a la propia ‘gestión de la crisis’”.

Esa “digestión” será particularmente dura, difícil y prolongada en el tiempo por lo que afecta al sector público. Como es conocido, la Unión Europea pretende que todos los países miembros hayan reducido su déficit público a un 3 por ciento del PIB para el año 2013. La situación de partida española es muy mala (aunque en este tema no es la peor), pues en menos de cuatro años deberíamos bajar nuestro déficit público más de ocho puntos sobre el PIB, lo que implica una política de ajustes presupuestarios enormemente radical que sin duda afectará también a los Gobiernos locales (aunque el porcentaje de déficit público de tales instituciones se encuentra entre el 5 y el 7 por ciento del total). De momento, los datos provisionales de 2010 parece que alcanzarán los objetivos marcados para ese año. Pero aun así faltarán por recortar más de seis puntos porcentuales en los tres próximos ejercicios. Sin un crecimiento razonable esos objetivos se tornan complejos, salvo que se recorte más aún en el ya sacrificado apartado del gasto público.

Efectivamente, este fuerte ajuste presupuestario se agrava por los pobres datos de crecimiento previstos, al menos, para los dos próximos años (y que, depende de la evolución de la coyuntura, pueden prolongarse durante varios años, incluso una década). Todo lo anterior revertirá sin duda sobre un gasto público con pocas capacidades de respuesta ante la anémica situación de los ingresos públicos. En ese contexto realizar políticas públicas exigirá una indudable capacidad de ingenio e innovación, pero sobre todo dosis importantes de

eficiencia en todos los sistemas públicos. Y aquí las posibilidades, pese a lo que se pueda suponer, son muchas, pues el “suelo” del que se parte es muy bajo. Las reformas estructurales (y, por lo que ahora importa, las reformas institucionales) se convierten, así, en una necesidad objetiva de supervivencia como país.

En realidad, ya a los inicios del año 2010 era bastante evidente que, con numerosos altibajos y no pocas incertidumbres, la economía mundial (y sobre todo la de algunos países) ofrecía síntomas evidentes de recuperación. No era esa ni es ahora, sin embargo, la situación de España, donde siguen existiendo dudas e incertidumbres crecientes por parte de los mercados sobre la posibilidad de hacer frente al pago de la deuda soberana, que se han acentuado a partir del “rescate” de Irlanda, y han obligado a realizar un fuerte despliegue de medidas de reforma con el fin de calmar esas inquietudes. Pero nada nos indica que tales sombras no vuelvan a proyectarse en los próximos meses sobre la credibilidad de nuestro sistema para salir de la crisis, más aún si Portugal es el siguiente de la lista. Siempre se dice que España es demasiado grande para ser rescatada y que de esa suerte depende incluso el futuro del euro, por lo que las consecuencias de tal rescate tendrían serios efectos, no solo sobre la economía europea, sino que se desplegarían por toda la economía mundial. Pero también hay opiniones que difieren de ese diagnóstico.

Y es que, en efecto, la crisis financiera internacional ha afectado de forma muy intensa a nuestro sistema económico, pero –como también se ha dicho– lo que se ha producido en España es una “superposición de dos crisis” que ha conducido a la situación más grave de los últimos treinta años. Como ha sido expuesto por Martín Quemada (2010), “sobre esa crisis exterior (la crisis financiera internacional, aunque con tentáculos evidentes en el sistema financiero propio) se superpone otra crisis, con origen interior, derivada del agotamiento del patrón de crecimiento de los años anteriores”. Por tanto, hasta el año 2006 el crecimiento económico fue muy intenso, pero se basó en “un conjunto de factores que son irrepetibles: un alto endeudamiento con tipos reales bajos, una muy escasa aversión al riesgo de empresas y familias, un fuerte componente de inmigración que aportaba mano de obra barata y de escasa cualificación, un más que alto peso del sector inmobiliario, una baja productividad, poca dotación de I + D + i, beneficios altos con muy baja competitividad, etc., todo ello acompañado de flujos de fondos provenientes de

los programas de ayudas de la UE" (Martín Quemada, 2010). En fin, como reconoce este mismo autor, era un modelo de crecimiento económico de baja calidad y ciertamente insostenible en el tiempo.

La crisis financiera internacional, por tanto, ha hecho estragos en España, pero los efectos más fuertes los está produciendo la convergencia de esa crisis con la que es propia y específica del modelo productivo de este país, que tiene por tanto un carácter interno y que actúa como una especie de "alas de plomo" en el despegue que la economía española debería tener para salir airoosamente de esa crisis.

En ese complejo contexto es en el que hay que leer las atinadas observaciones del ex rector de la Universidad de Barcelona cuando afirma lo siguiente: "Estos procesos de 'digestión' de los déficits y deudas pueden durar más que la propia fase de crisis", pues sin duda requerirán tiempo y ajustes. Además –añade– "las interacciones de esta 'digestión' con la recuperación son complejas y van a marcar los próximos años". Y sobre esas medidas para hacer frente a la "digestión", se ha de ser conscientes de que "tanto la reducción de gastos como los aumentos de impuestos tienen delicadas consecuencias no neutrales en términos económicos y sociopolíticos, que pueden verse agravadas si la recuperación es lenta" (Tugores, 2010).

Y todo parece apuntar a que la recuperación en España –salvo sorpresas– será lenta, muy lenta. Al solapamiento de los dos procesos de crisis (financiera internacional y del sistema productivo), se le une como consecuencia dramática la enorme destrucción de empleo en España (en torno a dos millones), que nos ha situado como líderes europeos del desempleo (aunque en estos momentos esa situación de liderazgo, por pocas décimas, la ocupe Letonia, lo que no debe ser ningún consuelo).

En un extraordinario artículo, Luis Gámir nos pone de relieve cómo España es un país "adicto al paro", ya que, salvo en el período 1996-2007, en el que entra en un período record de creación de empleo (solo superada por Luxemburgo e Irlanda), España ha estado siempre a la cabeza de los indicadores de desempleo de la Unión Europea (antes, de la Comunidad Europea).

Evidentemente el desempleo estructural afectará inevitablemente al crecimiento económico, pues las tasas de crecimiento que se prevén para los próximos años por parte de los organismos internacionales (al margen del relativo optimismo del Gobierno central) son ciertamente bajas y, en cualquier caso, insuficientes a corto/

medio plazo para crear empleo. Con lo cual, la existencia de una bolsa estructural en torno al 20 por ciento de desempleados y –lo que es más grave aún– un desempleo juvenil que alcanza cotas estratosféricas (del 40 por ciento en menores de 25 años), conforman un panorama desolador para tener fundadas esperanzas en un crecimiento económico a corto plazo.

Y si la esperanza decae, es obvio que también desfallece la confianza. Como dijo en su día el presidente de Estados Unidos, Franklin Roosevelt, "a lo que más hay que temer es precisamente al miedo". Es importante que nuestras instituciones funcionen bien, y que afronten la compleja situación que se nos presenta con valentía, realismo y persistencia, pues todos esos atributos se necesitarán para reconducir las políticas locales en los años venideros.

Pues no cabe duda de que todo ese cuadro esquemáticamente expuesto nos ofrece unas fuertes limitaciones –que inmediatamente serán analizadas– para que los Gobiernos locales actúen. Ni que decir tiene que la reducción drástica del déficit fiscal, el agotamiento de un modelo productivo insostenible, así como la delicada situación financiera por la que atraviesan todas las Administraciones Públicas (estatal, autonómicas y locales) y la caída de ingresos fiscales como consecuencia de la crisis, están impactando con una fuerza inusitada sobre el sistema financiero de los Gobiernos locales. Tal como veremos, la situación no es homogénea ni mucho menos, pero las luces de alarma hacen ya tiempo que se encendieron en muchos ayuntamientos y en otras entidades locales. En algunos municipios la situación es crítica.

Pero lo peor está por venir. En términos financieros, la situación fiscal más grave será posiblemente la que se abra a partir de la constitución de los nuevos Gobiernos locales, tras las elecciones de mayo de 2011. Es entonces cuando la digestión será pesada y dura. Y, sin duda, hay que prepararse, tal como se dirá, para ese momento: políticos locales, directivos, empleados públicos y ciudadanos, deben comenzar a diseñar lo que será una hoja de ruta muy diferente de la que nos ha servido para gobernar las entidades locales hasta nuestros días. Nada volverá a ser como antes. Con la "digestión" de esta crisis no se puede jugar a maniobras de distracción: los Gobiernos locales que salgan de este largo período de ajuste y renovación deberán ser muy diferentes a los que hasta ahora hemos conocido. O, en su defecto, no saldrán vivos institucionalmente del empeño.

Resulta obvio subrayar, por tanto, que es necesario que los Gobiernos locales (y, en concreto, los políticos locales) tomen conciencia plena de este estado de cosas y de cuáles son las soluciones institucionales para remediar tales problemas. Son, en efecto, los representantes locales que dirijan tales organizaciones quienes deben modificar sustancialmente los tradicionales (y ya agotados) métodos de hacer política local que se han desarrollado en España en los últimos treinta y dos años.

### 3. Algunas referencias comparadas de la crisis y sus efectos sobre el nivel local de gobierno

La crisis financiera internacional y sus efectos letales sobre el sistema económico se han extendido también al resto de países de la Unión Europea, así como a los demás países europeos. Bien es cierto que sus efectos han sido diferentes según los distintos entornos y latitudes en los que los Gobiernos locales se encuadran.

El Consejo de Europa ha sido sensible a este problema. Así, el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo llevó a cabo algunas reflexiones sobre este problema en una publicación de 2009. En efecto, en la publicación institucional titulada *L'état du Congrès 2009*, se afirma con claridad que el crack financiero de 2008 ha tenido efectos claros y directos sobre las ciudades y regiones europeas, por lo que el Consejo de Europa ha reaccionado frente a estos acontecimientos organizando un debate sobre las consecuencias territoriales de la crisis financiera internacional.

En realidad, los problemas están identificados, y sobre ellos hay un diagnóstico más o menos común. La crisis ha producido una rebaja generalizada de ingresos en los Gobiernos locales, y, a su vez, ha obligado a los entes locales a dedicar más recursos para hacer frente a las políticas de cohesión social, tanto en lo que afecta a los colectivos más frágiles de la sociedad (especialmente los inmigrantes) como a los desempleados, pues ambos grupos de personas son los más afectados por los efectos inmediatos de la crisis. Como reconoció de forma diáfana Günther Krugg, vicepresidente del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa, "nuestros recursos se reducen en el momento en el cual nuestros servicios deberían abarcar a más personas".

Además, se detecta que la crisis suscita incertidumbre y pesimismo. Frente a este estado de cosas se trata

de actuar de forma positiva. Los responsables locales deben insuflar optimismo, diagnosticar cuáles son las medidas que se deben adoptar y ejercer liderazgo, con el fin de que el Gobierno local pueda contribuir –si quiera sea en pequeña medida– a la mejora de la situación económica.

Lo cierto es que buena parte de las ciudades europeas han visto cómo su deuda crecía de forma exponencial, y en este punto las recomendaciones del Congreso de Poderes Locales van en la dirección de la prudencia: se trata de garantizar la capacidad de inversión de los Gobiernos locales, pero asimismo de llevar a cabo un ejercicio de responsabilidad en la medida en que no se puede hipotecar el futuro de las generaciones venideras. Las entidades locales –afirma el Consejo de Europa– deben sanear sus finanzas locales, anticipándose así a la salida de la crisis.

En todo caso, la caída de la actividad económica ha influido directamente en las finanzas públicas de los Gobiernos locales en Europa. Las diferencias son, no obstante, muy elevadas entre unos y otros países. Hay municipios de algunos países, como Alemania, Suecia o Polonia, que han aguantado bien la crisis. Algunos otros, como los de Holanda o el Reino Unido, se han visto en ocasiones "manchados" por disponer de parte de sus recursos en entidades financieras (Islandia) afectadas directamente por el crack financiero. En otros países como Austria u Holanda el desempleo ronda el 4 por ciento, por lo que los problemas de cohesión social, aun siendo importantes, no alcanzan las magnitudes de aquellos otros Estados, como España, en que el desempleo ha alcanzado cotas del 20,3 por ciento de la población activa.

Sí parece obvio que esa bajada drástica de los recursos financieros de los Gobiernos locales repercutirá inevitablemente sobre el gasto y, casi con total seguridad, exigirá de los Gobiernos locales una subida de los impuestos con la finalidad de hacer frente a las necesidades locales, una decisión compleja en términos políticos y que puede abrir serias dificultades de comprensión entre la población que ha de hacer frente a esos nuevos tributos.

El problema fundamental se sitúa en torno a las políticas sociales, pues la reducción drástica de ingresos afectará a los recursos dedicados para hacer frente a las mismas, y producirá como efecto derivado la reducción de los estándares de cohesión social y la mayor fragilidad de determinados grupos de población, especialmente los inmigrantes. El alcalde de Saint-Etienne

(Francia) ya expresaba el miedo que le producía el dato de que, como consecuencia de la mayor deuda que tenían los Estados, sobre los municipios recayeran nuevas “cargas” sin compensación económica alguna, y que todo ello hiciera inevitable un aumento de los impuestos locales o un incremento de la deuda pública. En todo caso, por regla general, el peso de la deuda pública descansa en su mayor parte en los Gobiernos centrales, mientras que el endeudamiento local representa un porcentaje nimio (en España, el 2,5 por ciento del total).

Es verdad –y conviene resaltar este dato– que los Gobiernos locales en Europa no disponen ni de las mismas competencias ni tampoco de los mismos instrumentos fiscales. La heterogeneidad a la hora de configurar la estructura institucional de los Gobiernos locales europeos es la nota dominante. Hay entidades locales que tienen amplias competencias (poderes) en el campo de la promoción económica y el empleo, mientras que en otros países tales atribuciones están situadas en manos de los Gobiernos regionales.

Algunas ciudades europeas han impulsado determinadas políticas locales de éxito, con el fin de hacer frente a la crisis desde una perspectiva esencialmente exógena. Esto ha tenido lugar porque tales entes locales disponen de atribuciones en materia de empleo, promoción económica, formación, etc., lo que ha dado lugar a que los Gobiernos locales hayan trabajado estrechamente con las empresas y hayan conseguido poner en marcha determinadas acciones dirigidas a paliar el desempleo (por ejemplo, en las ciudades de Aalborg y Slagelse, en Dinamarca; o en Arvika, en Suecia). En la ciudad de Essex, en el Reino Unido, se ha creado un banco municipal con la finalidad de proveer de liquidez a los pequeños empresarios.

Por otra parte, la OCDE ha hecho suyos los “Principios de Barcelona”, y recomienda su aplicación a las autoridades locales con el fin de hacer frente a la recuperación económica. Estos principios son los siguientes:

Impulsar un liderazgo local de carácter colaborativo.

Impulsar la inversión pública.

Mantener una estrategia local a largo plazo que se base en empleos con futuro, la innovación y la iniciativa emprendedora.

Reforzar una estrategia a corto plazo basada en la retención de puestos de trabajo productivos, ingresos empresariales y proyectos de inversión.

Construir las herramientas para atraer y retener inversión exterior.

Reforzar y construir plataformas de relación público-privadas, pactos con los agentes sociales y otros actores clave.

Garantizar la sostenibilidad y productividad de las infraestructuras públicas y de grandes acontecimientos de la ciudad.

Los líderes locales han de impulsar actuaciones de apoyo a los ciudadanos más afectados por la crisis.

Las economías locales han de mantenerse abiertas y acogedoras para los inmigrantes y el capital internacional.

Mantener altos niveles de coordinación con los otros niveles administrativos.

Salvo el último de tales principios (e, incidentalmente, algún otro), lo que parece obvio es que tal recetario frente a la crisis apenas si presta atención a los datos endógenos o a la estructura organizativa y al personal, que son las cuestiones que aquí tratamos. Pero, en todo caso, nos dan una idea precisa de la necesidad de sensibilización que, sobre toda esta compleja situación generada a partir de la crisis, deben tener los líderes locales.

Asimismo, en otro documento (*Cities and the economic crisis. A survey on the impact of the economic crisis and the responses of URBACT II cities*, abril, 2010) se analizan las consecuencias de la crisis económica sobre determinadas ciudades europeas, a través principalmente de cuatro ítems: negocios, empleo, condiciones sociales y presupuestos y proyectos municipales. Y allí se nos indica cómo el margen de maniobra de las ciudades para desarrollar iniciativas, en un contexto de fuertes limitaciones presupuestarias, depende en gran medida del porcentaje de financiación de los presupuestos locales mediante transferencias nacionales o por medio de tributos propios. También se afirma que los poderes legales (competencias) varían mucho de un lugar a otro, y en especial se hace hincapié en que las competencias de desarrollo económico y empleo son propias de los Gobiernos locales en unos casos, mientras que en otros corresponden a los niveles regionales de gobierno.

En ese mismo documento se recoge un amplio abanico de acciones que están llevando a cabo diferentes municipios en el campo de la recuperación económica, principalmente en determinados municipios del Reino Unido y de Alemania en los que existe una larga tradición de estímulo económico y del empleo por parte de los Gobiernos locales.

Pero dentro del amplio catálogo de acciones que los municipios europeos están impulsando para hacer

frente a la crisis económica, aparecen algunas “respuestas defensivas” que tienen por finalidad reforzar la propia Administración municipal con el objetivo de enfrentarse mejor a la crisis económica. Y dentro de estas respuestas defensivas destacan los denominados “planes de austeridad”, que abogan –en determinadas ciudades– por recortar gastos o detener el crecimiento de salarios de los empleados públicos, así como por limitar los gastos de inversión, todo ello dirigido a fomentar el ahorro presupuestario.

Pero uno de los apartados más sugerentes del citado documento es el que se encuadra como segundo pilar del Plan europeo de recuperación económica, y que tiene por objeto “la necesidad de implantar acciones a corto plazo que tengan por objeto alcanzar la sostenibilidad a largo plazo”.

En la línea de la Recomendación 281 (2010) del Congreso de Poderes Locales y Regionales (*Après Copenhague, les villes et les régions relèvent le défi*), que tiene por objeto hacer frente al reto del recalentamiento climático por parte de las ciudades, aunque yendo un poco más allá, el documento hace una apuesta encendida por el crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo (*smart growth, smart sustainable, smart inclusive*), y pone como ejemplo un buen número de ciudades europeas que están llevando a cabo acciones en esa dirección (curiosamente no se encuentra entre ellas ninguna ciudad española).

#### **4. La crisis fiscal de los Gobiernos locales en España: atención especial a la situación financiera de los municipios**

La crisis financiera internacional y sus efectos sobre el tejido económico, tal como hemos visto, se han proyectado sobre la práctica totalidad de los Gobiernos locales en Europa, si bien su intensidad y efectos han sido muy variables. El objeto de este apartado es abordar en breves líneas cuáles han sido las consecuencias sobre el sistema institucional local y, más concretamente, sobre los municipios españoles.

Desde hace varios meses, los medios de comunicación se están haciendo eco, un día sí y otro también, de la situación crítica por la que atraviesan los ayuntamientos españoles. Por ejemplo, el 13 de septiembre de 2010 el diario *La Vanguardia* recogía un editorial y un largo reportaje sobre la situación financiera de los municipios. En el mes de agosto pasado fue el diario *El*

*País* el que se hizo eco en varios reportajes de la situación de auténtica bancarrota en la que se encontraba buena parte de los municipios españoles. Desde hace varios meses, un día sí y otro también, la prensa escrita o el resto de medios de comunicación se hacen eco de las dificultades financieras por las que atraviesan diferentes municipios españoles.

Sin duda el debate mediático se ha multiplicado por “las idas y venidas” del Gobierno central en torno a la prohibición de endeudarse a largo plazo de los municipios españoles: primero prohibición absoluta a partir de la entrada en vigor del Real decreto ley 8/2010, luego prohibición “aplazada” al año 2011 (“corrección de errores”), y, finalmente, prohibición “relativa” –que ha sido sancionada por la Ley de presupuestos generales del Estado para 2011– solo para aquellos municipios cuya deuda no supere el 75 por ciento de sus ingresos ordinarios, y siempre que sea para gastos de inversión (lo que ha dejado fuera a un buen número de municipios españoles, y, entre ellos, a ciudades como Madrid, Valencia y Zaragoza).

En fin, los titulares de los diferentes diarios no dejan lugar a dudas: algunos ayuntamientos españoles están en una situación financiera crítica. Y lo que es peor, las expectativas de los próximos años no auguran nada bueno en este apartado.

Se llegó incluso a afirmar que “a finales de 2010 más del 30 por ciento de los ayuntamientos de España se declararán en situación de ‘suspensión de pagos’”. Tales augurios no se han materializado. Pero sí que es cierto que centenares de ayuntamientos están teniendo problemas de tesorería para pagar los servicios más básicos, la propia luz y el teléfono, e, inclusive, en algunos casos (no pocos ya) tienen problemas para abonar las nóminas a sus empleados públicos. Algún Ayuntamiento, como el de Madrid (cuya deuda asciende a casi 7.000 millones de euros), ha impulsado un plan de saneamiento que permitirá un ahorro de más de mil millones (cierre del canal local de televisión, paralización de obras, supresión de organismos públicos, reducciones de sueldos, etc.).

Diferentes ayuntamientos españoles ya han presentado expedientes de regulación de empleo (Jerez, Almansilla, Gáldar, etc.). Y posiblemente, a corto o medio plazo, algunos municipios con alto porcentaje de funcionarios tengan que plantearse la elaboración de planes de empleo. Los ingresos municipales se han reducido entre un 30 y un 70 por ciento, y los problemas de tesorería comienzan a ser moneda corriente.

Hay problemas para pagar las facturas a los proveedores (donde en algunos casos los pagos se prolongan varios meses e, incluso, años), lo que ha conducido a algunos municipios a garantizar tales operaciones mediante el *confirming* con determinadas entidades financieras (León, Vitoria-Gasteiz, aunque este municipio abona sus facturas a los proveedores en una media de 57 días). La aplicación gradual y diferida de la Ley 15/2010 (que reforma la Ley 3/2004) permite temporalmente ese retraso en el pago a proveedores. Sin duda hacer frente a los retos que plantea la regulación sobre la morosidad por parte de las entidades locales será un pío deseo, si no mejora sustancialmente la situación financiera de tales entidades.

La situación es tan compleja que ha obligado en muchos casos a un recorte drástico de los presupuestos en materia de fiestas patronales, de gasto corriente, de inversiones y, en menor medida, de gastos sociales. Los gastos de personal también han entrado en esa lógica del necesario ajuste, como veremos posteriormente.

Pero no hay duda de que en España (y sobre todo en determinadas comunidades autónomas) los alcaldes se enfrentan a una situación mucho más difícil que en otros lugares. El desempleo estructural y creciente está provocando la necesidad de dedicar amplios recursos municipales al gasto social y a las inversiones. Pero en este último punto, finalizados como están ya los planes de inversión local y del empleo y la sostenibilidad, que se pusieron en marcha para los ejercicios 2009 y 2010 (Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, del Fondo estatal de inversión local, y Real decreto ley 13/2009, de 26 de octubre, del Fondo estatal para el empleo y la sostenibilidad local), parece obvio subrayar que la delicada situación económica financiera por la que atraviesan las arcas del Estado ha conducido a que en el ejercicio 2011 tales planes no tengan reedición. Sin duda esta ausencia de tales canales de financiación local (aunque dirigida más bien al tejido económico y a la reactivación del empleo) revertirá en un empeoramiento paulatino y grave de la situación financiera de buena parte de los ayuntamientos. Esa inversión local que tuvo lugar durante dos ejercicios presupuestarios recibió el aplauso de determinadas organizaciones internacionales (Consejo de Europa y OCDE), porque representaba la puesta en marcha de una serie de acciones anticíclicas, que no solo pretendían paliar el impacto de una economía deprimida y reactivar el empleo, sino que también inyectaban unos necesarios recursos a los Gobiernos locales. Sin embar-

go, la imperiosa necesidad de reducir el déficit público ha frenado en seco tal iniciativa.

A todo ello se añade –como luego detallaré– el aplazamiento hasta después de 2013 (así lo ha manifestado el ministro de Política Territorial, Manuel Chaves) de la ansiada y necesaria reforma de la Ley de Haciendas locales, que aborde definitivamente la siempre esperada modificación del sistema de financiación de los Gobiernos locales en España.

La caída de ingresos fiscales propios de los ayuntamientos es evidente en estos momentos. El estallido de la burbuja inmobiliaria y la paralización en seco de la actividad de construcción, han supuesto un auténtico mazazo a las arcas municipales de aquellos municipios con ingresos muy vinculados a esas actividades. La crisis económica y su afectación a determinados ámbitos de la sociedad (con el consiguiente empeoramiento del poder adquisitivo de muchas familias o, lo que es peor, la caída en la pobreza o la marginalidad), han erosionado el ingreso de determinados tributos, y han cargado a los municipios con una serie de responsabilidades asistenciales que los ayuntamientos no pueden desatender en aras de la cohesión social.

Por si ello no fuera un cuadro suficientemente sombrío, la obligación que pende sobre los Gobiernos locales de retornar a la Hacienda estatal más de 15 mil millones de euros, correspondientes al ejercicio de 2008, es una pesada losa que habrá que gestionar con prudencia, pues en enero de 2011 ha vencido el primer plazo que se deducirá de las correspondientes transferencias. Por tanto, mucho menos dinero por vía de transferencia estatales, que solo se alivia parcialmente por la participación de los municipios en los ingresos de la Comunidad Autónoma, previstos en alguna Ley autonómica (Andalucía), pero que, al igual que en otros casos (País Vasco y Navarra, por el régimen especial), no deja de ser una excepción en el panorama general.

Con este complejo escenario, no cabe duda de que los Gobiernos locales se enfrentan en los próximos años a una situación de auténtica crisis fiscal, que puede derivar si no se adoptan las medidas oportunas (y de eso nos haremos eco en el siguiente epígrafe de este trabajo) en una crisis institucional de magnitudes considerables.

La “digestión” de la crisis será especialmente aguda en el sector público local, pues –tal como se ha reconocido (Bosch, 2010)– las Administraciones locales poseen unos instrumentos muy limitados de política económica para hacer frente a la crisis, aunque no obstante deban

llevar a cabo también políticas anticrisis con el objetivo de mejorar el entorno económico y social, modernizar sus propias estructuras de gestión y, en fin, sanear sus finanzas públicas.

Pero se advierten años muy difíciles. La política de reducción del déficit público es –conforme ha expresado el Gobierno central– el eje prioritario de actuación financiera en los próximos años, lo que conducirá a unas restricciones del gasto público importantes, y, en consecuencia, a una disminución radical de las transferencias a los municipios, salvo que la situación económica mejore de forma ostensible y se produzca un incremento rápido de los ingresos fiscales. En cualquier caso, queda aún pendiente el ajuste derivado del retorno que los Gobiernos locales tendrán que aportar a la Hacienda estatal por lo que corresponde a la transferencia a cuenta del ejercicio de 2009, unas deducciones que pueden acabar con el escaso margen de maniobra que aún puedan tener algunos municipios.

La situación es crítica. Nos encontramos ante un momento en que se recauda menos (y todo apunta a que seguirá siendo así en los próximos años) y los gastos sociales se disparan. Pero no solo los gastos sociales: la implantación de la *e-Administración*, los procesos de simplificación administrativa como consecuencia de la incorporación de la Directiva de servicios, la necesidad de invertir para dinamizar la economía local y el empleo, el mantenimiento de muchos equipamientos municipales que se han construido estos últimos años con los planes de inversión (centros de adultos, centros juveniles, polideportivos, bibliotecas, etc.), exigen fuertes cantidades de dinero público que, en estos momentos, no se puede detraer de otras partidas.

Además, y esto no es un tema menor, un buen número de municipios españoles tienen fuertemente hipotecados sus presupuestos por los gastos de personal y gastos corrientes, con lo que el margen de maniobra para liberar recursos con el fin de hacer frente a otros fines es muy reducido. Es cierto que las nuevas medidas anunciadas por el Gobierno central en materia de endeudamiento alivian algo el sombrío panorama descrito, pero en nada cambian lo sustancial del problema.

A partir de 2011 se abre un largo y complejo período para los Gobiernos locales, que deberán afrontar una situación estructural de crisis fiscal con una nueva política y, sobre todo, con una nueva forma de hacer las cosas (dicho en otros términos, de gestionar eficientemente recursos escasos). A este objetivo dedicamos

el último epígrafe de este breve trabajo. Posiblemente, en línea con lo que se dirá de inmediato, la política local (y, sobre todo, “la forma de hacer política local”) tendrá que sufrir un giro radical en los años venideros, y, hasta cierto punto, deberá “reinventarse”. No bastará con llevar a cabo una política de austeridad, ajuste o contención. Se requiere algo más, o, mejor dicho, mucho más: habrá que hacer las cosas mejor con menos recursos. La eficiencia, como nos recuerdan determinados documentos de la OCDE, debe pasar necesariamente a primer plano de la agenda. No hay soluciones alternativas (OCDE, *Réformes économiques. Objectives croissance*, 2009).

## 5. ¿Qué hacer? Cómo pueden los Gobiernos locales enfrentarse a una crisis fiscal que ha venido “para quedarse” un largo período de tiempo

La crisis financiera internacional, sumada a la crisis del modelo productivo español y sus bajas tasas de crecimiento, así como al contexto institucional en el cual desarrollan su labor, ha impactado con fuerza en los Gobiernos locales, y se puede afirmar sin riesgo a equivocarse que se ha instalado entre nosotros con vocación de quedarse (al menos durante algunos años).

La lenta recuperación económica que se espera en España, junto con los explosivos datos del desempleo (especialmente del desempleo juvenil, donde aquí sí que somos “líderes” europeos: en torno al 40 por ciento), vaticinan un largo período de crisis fiscal para los Gobiernos locales en España. Al menos se puede afirmar que el mandato 2011-2015 en los Gobiernos locales será, sin duda, un “mandato de crisis fiscal” o, si se prefiere, un mandato cargado de sombras y de bajas expectativas de reforma.

Es cierto, además, que la estructura local de gobierno ha estado prácticamente fuera de la agenda política de los últimos años. Una vez más, el nivel autonómico de gobierno ha terminado por fagocitar los iniciales y tímidos empujes de la denominada como “segunda descentralización”, que no ha pasado más allá de su formulación retórica o meramente programática. Realmente, los Gobiernos locales siguen sin superar apenas el 14 por ciento del gasto público en su conjunto, aunque han ido asumiendo paulatinamente una amplia (y cada vez más diversificada) cartera de servicios, cuya sostenibilidad en estos momentos cabe poner en duda.

La percepción de la crisis ha sido tardía en nuestro sector público. Se puede afirmar que, hasta la elaboración de los presupuestos para el ejercicio 2010, no se ha tenido (o no se ha querido tener) una idea clara del alcance del problema, y no cabe duda de que la confección de los presupuestos para 2011 ha sido –ya de forma definitiva– un “baño de realismo” frente a un futuro más que incierto. En cualquier caso, no será hasta la celebración de las futuras elecciones municipales, y la conformación ulterior de los Gobiernos locales, cuando la percepción del problema que se tiene encima de la mesa alcance su verdadera dimensión. Y ello tiene una explicación cabal, pues la proximidad de la cita electoral (22 de mayo de 2011) ha supuesto que los Gobiernos locales hayan aplazado sus decisiones más críticas al momento ulterior a la celebración de tales comicios, lo que representará, sin duda, diferir la solución de determinados problemas a un momento posterior, con todas las dificultades que ello supone.

Algo se barrunta en el ambiente. Hace algunos meses, un medio de comunicación se hacía eco de la noticia de que muchos partidos políticos estaban teniendo problemas para garantizar la permanencia de sus alcaldes en las listas como futuros candidatos, pues la crítica situación financiera por la que atraviesa buena parte de los municipios españoles no ayuda a realizar una política expansiva de gasto público, que, sencillamente, es impensable en estos momentos y en un buen número de años (*El Economista* de 8 de septiembre de 2010: “Alcaldes a la fuga: renuncias masivas a repetir por la ruina de los municipios”). Sin duda, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (13 de julio de 2010) dictado en ejecución de sentencia, que admite la posibilidad de imponer multas coercitivas sobre el patrimonio personal de un alcalde y del secretario general en el caso de inexecución de una sentencia por deudas municipales, no ayuda en exceso a que proliferen tales “vocaciones políticas”.

Ciertamente, los Gobiernos locales pueden enfrentarse a la crisis económica y fiscal de muchos modos y maneras, y las acciones dependerán obviamente del tipo de entidad local de que se trate y de su particular contexto económico-financiero (mejor dicho, de si su situación financiera es crítica o no). Es diferente el análisis del problema desde la perspectiva de los ayuntamientos o de los Gobiernos locales intermedios (diputaciones provinciales o comarcas). En las líneas que siguen me referiré exclusivamente a los municipios, aunque algunas de estas propuestas también puedan ser trasladadas a los Gobiernos locales intermedios.

De acuerdo con lo expuesto al principio, hay que tener en cuenta que los municipios pueden enfrentarse a la crisis económica desde dos dimensiones o perspectivas: la primera, de carácter “exógeno”, tiene que ver con las acciones o medidas de dinamización del sector productivo, del empleo y de los programas sociales que se deban impulsar, así como con las inversiones que haya que realizar para incentivar el desarrollo económico del territorio; mientras que la segunda, es la dimensión exquisitamente “endógena”, que se proyecta principalmente en el plano institucional, organizativo y de gestión de personas en el respectivo Gobierno local.

Tal como se indicaba al principio de este trabajo, en estas páginas nos interesa hacer hincapié en la segunda de tales dimensiones (esto es, la endógena), pero no es menos cierto que alguna referencia –por breve que sea– hay que hacer a la dimensión “exógena” del problema. En este ámbito, por ejemplo, se han propuesto diferentes medidas. Nuria Bosch (2010), recientemente, ha dibujado una serie de medidas que los Gobiernos locales pueden poner en marcha para hacer frente a la crisis: medidas de fomento económico, con un papel destacado en la gestión de las políticas activas de ocupación (inserción laboral, intermediación, planes de formación) que algunos municipios ya están desarrollando (aunque sus competencias sustantivas puedan ser discutidas); inversiones y otras medidas de fomento en las actividades empresariales y de servicio; y medidas de carácter social, que deben pivotar sobre las políticas de vivienda y en acciones para colectivos desfavorecidos (ayudas, bonificaciones fiscales, etc.). Junto a estas medidas se propone también mejorar la gestión del patrimonio municipal, sacándole mayor rentabilidad; y otros aspectos de mejora que se proyectan sobre el ámbito interno o endógeno.

Manuel Pimentel, en un trabajo publicado en la Revista *Metrópolis* (2008-2009), partía del dato de que la crisis económica será prolongada y dura, pero no eterna, de que había que comenzar a trabajar para superarla, y de que los ayuntamientos deberían hacer uso de las fórmulas clásicas: “Contención del gasto municipal hasta donde sea posible, refinanciación de la deuda, mejora en la gestión de los tributos y tasas, enajenación del suelo residencial y patrimonio municipal ocioso (...)”. Pero este mismo autor advertía de que tales medidas, con ser importantes, no serán suficientes, y de que los ayuntamientos, en cuanto agentes económicos de primera magnitud, deberían esforzarse más: “por ejemplo, llegando a un gran acuerdo

con los servicios públicos de empleo para colaborar en la gestión de las políticas activas de empleo (...) Los municipios también pueden colaborar con la actividad económica facilitando trámites, arbitrando suelos industriales y manteniendo un diálogo permanente con empresarios y sindicatos". Pero la solución más razonable a estos problemas, según este autor, partía por plantear propuestas imaginativas e innovadoras, abriendo el debate de la privatización de determinados servicios públicos.

Otro autor, Francisco Velasco (2010), hace asimismo hincapié en la "supresión de las licencias municipales de actividad o de apertura", que, como consecuencia de la incorporación de la Directiva 123/2006/CE, relativa al mercado interior de servicios, supone un incentivo importante para el desarrollo de la actividad económica. Este autor aboga por analizar las licencias no desde la perspectiva urbanística o ambiental, sino "económica", y desde esta óptica conviene superar el "notable déficit ejecutivo que empaña las licencias municipales de actividad o apertura" (y en su caso, también, la llamada "licencia de funcionamiento").

Pero no nos interesa tanto en estos momentos detenernos en el análisis de estas medidas "exógenas" o de proyección externa para hacer frente a la crisis, como en plantear una serie de medidas o acciones de carácter "endógeno" o "interno", que tiendan a reforzar la institución local como Administración eficaz y eficiente, que presta servicios de proximidad al ciudadano, transparente, participativa y con una utilización racional de los recursos públicos.

No deja de ser curioso cómo esta crisis financiero-económica y después fiscal, apenas ha dado lugar a grandes propuestas de reforma o modernización de la Administración. Bien es cierto que, en los últimos meses, diferentes documentos se han hecho eco de la necesidad imperiosa de llevar a cabo una reforma estructural de la Administración Pública como medio de hacer frente a este ciclo y reanimar así nuestro sistema institucional y, a la postre, nuestro sistema económico. Cabe citar aquí, por ejemplo, el Informe "Everis": *Transforma España* (2010), o algunos otros documentos de la propia OCDE. Pero lo cierto es que pocos comentaristas, y aún menos académicos, han propuesto una reforma estructural de la Administración Pública como uno de los ejes básicos de las medidas a adoptar para salir reforzados de la presente crisis en la que se haya inmerso el sector público.

En un artículo periodístico publicado hace ya más de año y medio, el profesor Francisco Longo defendía la necesidad de afrontar, de forma inmediata, la reforma de la Administración Pública, como una de las medidas estructurales urgentes para hacer frente a la crisis económica ("Crisis, empresarios y funcionarios", *El Periódico de Catalunya*, 21 de abril de 2009). Sobre este mismo tema ha vuelto este autor en otro artículo publicado en *La Vanguardia* el 15 de noviembre de 2010. Comienza a haber algunas otras reflexiones que caminan en esta dirección. Como ha reconocido la OCDE, las situaciones de crisis son un marco apropiado para impulsar reformas estructurales, también en el campo de la Administración Pública y del Empleo Público.

No es menester hacer aquí hincapié en los procesos de modernización y reforma que se llevaron a cabo durante la década de los ochenta y noventa del siglo pasado. Pero tal vez convenga recordar que fue el "declive económico" (que no suponía un hundimiento) lo que impulsó y activó las reformas que tuvieron lugar en el Reino Unido en esa época. Es cierto que la persistencia de la crisis representó un desafío político, acompañado de la pérdida de "autoconfianza" de la propia clase política. Así, se ha dicho por parte de Keraudren (1994) que "el descubrimiento súbito de un 'declive' británico abre un debate emocional muy vivo sobre las capacidades de la clase política inglesa de conducir al país hacia el desarrollo económico". Es posible que estas palabras sean premonitorias de lo que ya está pasando entre nuestros ciudadanos y la clase política en estos últimos años.

Pero lo realmente importante es, en efecto, que la reforma estructural de la Administración Pública, a diferencia de lo que ocurrió en otros países durante los años citados (Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia, Holanda, Dinamarca, Bélgica, etc.), no está teniendo por ahora un protagonismo entre las medidas que se abogan para hacer frente a la crisis. La política de recorte de gasto (o "de tijera": menos empleados públicos, menos servicios, etc.) se está imponiendo en toda Europa, y no se vislumbra de momento una apuesta decidida por las reformas estructurales del sistema público. Esta ausencia no puede ser objeto de análisis en estas páginas, valga únicamente con poner de relieve que nuestra clase política (tanto estatal, como autonómica o local) está siendo hasta la fecha absolutamente insensible sobre la importancia que tiene la reforma estructural de nuestras organizaciones públicas. Todo

ello denota una concepción muy pobre e instrumental de la Administración Pública y, lo que es igualmente preocupante, un déficit de liderazgo manifiesto.

Por el contrario, en España se está imponiendo una lógica de lanzar, sin ton ni son, una serie de propuestas de reforma del marco institucional, poco meditadas y sin estudios serios que avalen tales iniciativas. La retórica vacua, una cierta simplificación y algunas dosis de demagogia, se están imponiendo en el debate público de nuestro sistema institucional (limitación del papel de las comunidades autónomas, supresión radical de municipios o cuestionamiento, por poner algunos ejemplos).

En el campo de las reformas institucionales el camino que queda por recorrer es muy amplio. Las Administraciones Públicas españolas, con honrosas excepciones, siguen estando en su mayor parte inspiradas en el modelo burocrático de organización y gestión, todo lo más con algunas inserciones de técnicas o instrumentos aislados del *New Public Management*. Pero ciertamente, salvo las excepciones citadas, la cultura del *Management* está muy lejos de arraigar en nuestras Administraciones Públicas. Menos aún (o, al menos, con mucha menor intensidad) han llegado los “nuevos” vientos de la gobernanza, que todo lo más se han proyectado en nuestros Gobiernos locales a través del diseño de los procesos de participación ciudadana.

Tal como reconoció en su día Luis F. Aguilar (2008) la gobernanza incluye como pieza teórica central la pérdida de autonomía y centralidad, de la cual se deriva una insuficiencia directiva que requiere un “pluricentrismo directivo, una dirigencia compuesta, un sistema, en fin, de gobernanza”. En palabras de este autor: “(...) la nueva gobernanza permite superar las limitaciones y defectos del gobierno tradicional, particularmente cuando una élite político-técnica centralizada y socialmente distante toma decisiones directivas, y que sitúa al Gobierno en mejores condiciones para cumplir su responsabilidad de dirigir la sociedad por el hecho de movilizar y conjugar las capacidades existentes en una sociedad”.

Pero la gobernanza en el plano local no supone el arrumbamiento de la nueva gestión pública, sino que esta complementa a aquella. La responsabilidad por la gestión y la conformación de una estructura de directivos públicos ejecutivos, designados por criterios profesionales, no ha perdido un ápice de vigor, como inmediatamente veremos. Como expuso en su día el *Informe Picq* (1995), “no hay organización eficaz sin

descentralización de las decisiones a personas responsables que han de rendir cuentas de su acción”. El *management*, pese al equívoco que lo acompaña, es –como recordó Keraudren (1994)– “una manifestación discursiva del personal político y no realmente un discurso de los altos funcionarios; es un discurso nuevo sobre la Administración, pero nuevo sobre todo porque no es de la Administración”.

Tal vez esta sea una explicación cabal de su escaso arraigo en España: la clase política en general (con algunas excepciones singulares en los Gobiernos locales) ha sido escasamente receptiva a este tipo de discurso, siendo empujada su implantación por directivos y altos funcionarios, mientras que el escepticismo sobre sus virtudes hacía mella sobre unos políticos impacientes, que quieren resultados a corto plazo y son incapaces de esperar a que la semilla produzca sus frutos. Conviene reiterar una y otra vez que los grandes procesos de cambio en las organizaciones públicas se han hecho por unas fuerzas políticas, sean conservadoras o socialdemócratas, pero han tenido posteriormente continuidad independientemente del color político que los haya impulsado en su día. La lección británica, o las lecciones de otros países (Nueva Zelanda, Holanda, Bélgica, etc.), son evidentemente ilustrativas.

¿Qué se puede hacer para hacer frente a la crisis desde una perspectiva endógena? Aquí el recetario es muy abundante y, junto a medidas tradicionales de ajuste, cabe añadir otras de mayor calado. Como ha reconocido Koldo Echebarría en una interesante y reciente aportación (2010), los modelos de transformación del sector público en etapa de crisis son básicamente cuatro:

- a) Ajuste fiscal sin reforma, basado en la lógica de la estabilización y en medidas de reducción de gasto o de simplificación de estructuras;
- b) Reforma eficientista, que tiene a la autoridad presupuestaria y al ciclo de gasto como ejes de la reforma;
- c) Reforma de mercado, mediante el desplazamiento de funciones del sector público al privado (venta de activos, externalización de servicios, cobro por servicios, etc.); y
- d) Reforma gerencialista, que aboga por una transformación de los incentivos de las organizaciones públicas.

Este recetario de soluciones para hacer frente a la crisis se debería incrementar con una óptica o dimensión nueva, como es la perspectiva “institucional”, que

es –tal como se verá– por la que aquí se opta de modo decidido. Sin perjuicio de que se utilicen alguna o todas esas soluciones para hacer frente a la crisis fiscal, la óptica institucional –tal como se verá– añade un valor sustancial a los procesos de reforma, pues al fin y a la postre es sobre las instituciones donde descansa uno de los presupuestos básicos de garantizar un desarrollo económico y social duradero en el tiempo.

Ni que decir tiene que todos estos modelos están diseñados como “tipos ideales”, y pueden entremezclarse dando lugar a procesos de reforma mixtos. Pero lo realmente importante en estos momentos es que, tanto en la Administración del Estado como en las comunidades autónomas (y en menor medida, como “eco” de tales acciones, en algunas Administraciones locales), se ha llevado a cabo un proceso de “ajuste fiscal sin reforma”, consistente en una reducción de salarios de altos cargos y de empleados públicos, una reducción del tamaño de la organización mediante supresión de determinados niveles de responsabilidad o su “degradación jerárquica”, una simplificación y racionalización de estructuras administrativas mediante la supresión, fusión o cambio de forma jurídica de determinadas, así como unas políticas de reducción de gasto corriente.

No cabe duda, por tanto, de que en España, tras un cambio copernicano de la política económica, se ha impuesto el “modelo de ajuste fiscal”, sin apenas llevar a cabo propuesta de reformas estructurales de las Administraciones Públicas a medio/largo plazo. En efecto, la Administración del Estado ya procedió en marzo de 2010 a un proceso de simplificación de estructuras y de reducción de altos cargos, que puede ser calificado de irrisorio o puramente cosmético, pues la reducción del déficit se cuantificó en la cifra de 16 millones de euros. Posteriormente se anunció, aunque no se ha hecho efectiva, una reducción drástica del nivel de subdirectores en la Administración del Estado (lo que hubiese tenido fuertes efectos de desmotivación sobre la estructura de la alta función pública) y una reducción de ministerios. Pero en estos temas los márgenes de maniobra son muy pequeños y los efectos sobre la reducción del déficit pueden ser calificados como anecdóticos.

La Administración de la Generalidad de Cataluña –a raíz de una Resolución del Parlamento de Cataluña– constituyó una Comisión de expertos, y procedió a la aprobación de un ambicioso Plan de racionalización del sector público de la Generalidad de Cataluña, que

pretendía una simplificación de estructuras, principalmente en lo que se puede denominar como el sector público instrumental. El problema fundamental era que esa propuesta de racionalización y simplificación surgía al final del mandato, cuando las posibilidades de hacer efectivas las previsiones de supresión de estructuras administrativas eran difícilmente viables. Aun así, el Gobierno de la Generalidad aprobó recientemente el Decreto ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de estructuras del sector público de la Generalidad de Cataluña (*DOG*C núm. 5685, de 4 de agosto de 2010). Más recientemente, el nuevo Gobierno de la Generalidad (CiU) ha llevado a cabo un recorte importante del número de altos cargos y de personal eventual, anunciando asimismo un proceso de reordenación del sector público dependiente de la Generalidad de Cataluña.

Ni que decir tiene que otras comunidades autónomas han llevado a cabo también acciones de este mismo tipo, es decir, de racionalización y simplificación de estructuras. En este proceso se observa un cierto mimetismo institucional de lo que ha hecho (por cierto, muy poco) la Administración del Estado. Paradigmático ha sido el caso de la Ley de la Región de Murcia, 5/2010, de 27 de diciembre, de medidas extraordinarias para la sostenibilidad de las finanzas públicas, que contiene un duro paquete de medidas dirigidas a enderezar el sector público en una etapa de fuerte crisis fiscal, y que han sido recibidas con fuerte animadversión por los sindicatos y un buen número de empleados públicos; pero la situación realmente era (y es) crítica. Es verdad que en las comunidades autónomas, y en un buen número de ayuntamientos, el sector público instrumental ha crecido de forma desordenada y caótica, teniendo este proceso serios efectos sobre el gasto público y la coherencia institucional de los modelos de gestión de políticas públicas.

Algunas Administraciones locales han llevado a cabo medidas de racionalización y ajuste. Unas veces obligadas por la fuerte deuda que arrastran (caso de Madrid) o simplemente por necesidad de ajustarse a una “política de austeridad en momentos de crisis” (caso, por ejemplo, de Barcelona). Pero queda mucho trecho por recorrer. Al margen de las medidas exigidas por el Real decreto ley 8/2010, así como las derivadas de una política de “imagen institucional de austeridad” (congelación de sueldos de altos cargos), muy poco se ha hecho en el plano de proponer reformas de estructuras de carácter organizativo en los municipios españoles.

Es cierto, tal como decíamos, que el momento (último año de mandato) no ayuda para formular propuestas audaces en este terreno, pero nada debería impedir que los responsables políticos locales fueran preparando (siquiera fuera como diseño) un nuevo esquema de estructuración de la Administración local correspondiente y de su sector público instrumental, con el fin de hacerlo menos gravoso para las arcas públicas, más racional, pero sobre todo más eficiente.

No obstante, cabe subrayar que el modelo de "ajuste fiscal" tiene, como se puso de manifiesto en su día (Echebarría, 2010), serias limitaciones en su aplicación y en sus resultados. Por solo traer algunas a colación, cabe recordar algunas implicaciones de esa política de "ajuste fiscal sin reforma": en primer lugar, puede exacerbar las disfunciones de la organización preexistente; en segundo plano, también puede producir efectos sobre la desprofesionalización del empleo público (envejecimiento de plantillas y desmotivación); también, en tercer lugar, puede debilitar las capacidades de respuesta del Estado a nuevas necesidades; y, en fin, en cuarto lugar, las propias limitaciones del modelo pueden conducir a replantearse la necesidad objetiva de una reforma estructural (una consecuencia, en todo caso, positiva de este modelo).

Tales limitaciones conviene tenerlas siempre presentes cuando de impulsar una política de ajuste se trata. Efectivamente, nadie pone en duda que ante un cuadro fiscal tan desfavorable no haya que adoptar determinadas medidas de ajuste (algunas posiblemente duras), pero se equivocará quien piense que con tales medidas ya se han resuelto prácticamente todos los problemas, pues si no se adoptan medidas de innovación y cambio difícilmente se habrá avanzado, sino que posiblemente se haya retrocedido. Sobre este tema volvemos al final de este trabajo.

## 6. Reformas institucionales en el ámbito local para hacer frente a la crisis: algunas propuestas

Nadie pone en duda a estas alturas la importancia que tienen las instituciones para el desarrollo económico, y para la propia estabilidad política y social de un país. Desde que el premio Nobel de Economía Douglas North en un conocido libro (1993) pusiera en valor esta idea, la misma ha ido gradualmente interiorizándose en todo el mundo desarrollado y en los países en vías de

desarrollo. Según este autor, Inglaterra debió su éxito económico en los siglos XVIII y XIX "a unas mejores instituciones".

En un espléndido y reciente libro, Daniel Cohen (2010) nos recuerda que para producir riqueza hace falta capital, capital humano e instituciones eficaces. Y añade: "Ahora bien, dos de estos términos (el capital humano y las instituciones) los produce el Estado y constituyen lo que los economistas denominan *las infraestructuras sociales de la nación*".

Por tanto, no cabe dudar de que la "capacidad institucional" sea un valor que se debe reforzar en nuestro sistema de gobierno local, sobre todo si se quiere hacer frente a esta larga y profunda crisis fiscal que afectará a ese nivel de gobierno. Y para fomentar un desarrollo institucional se requieren, tal como recordó Francis Fukuyama (2004), cuatro grandes aspectos: proyecto y gestión de la organización; proyecto de sistema político; base de legitimación; y factores culturales y estructurales. Obviamente, por razones de espacio aquí no pueden ser tratados todos estos puntos de vista, y solo serán abordados algunos de ellos (marco legal institucional; estructura organizativa; y sistema de empleo público). Pero, como advierte ese mismo autor, para que una reforma institucional pueda ser emprendida se requiere, sobre todo y ante todo, que exista una demanda, lo que exige una interiorización por nuestra clase política de la necesidad de tales cambios institucionales.

Y es en este punto donde, efectivamente, "morde-mos en hueso". La perspectiva cortoplacista de buena parte de la clase política, y su escasa visión estratégica, están conduciendo a nuestro sistema político-institucional a un proceso acelerado de descomposición y de quiebra, sin darse cuenta del valor intangible que tienen las instituciones para el funcionamiento del Estado y de la propia sociedad. Es cierto que hay excepciones al diagnóstico descrito, pero no dejan de ser eso: excepciones. Y a este diagnóstico, desgraciadamente, el mundo local no es ajeno.

Nuestros Gobiernos locales son "Administraciones de proximidad" muy cercanas a las necesidades e inquietudes de los ciudadanos y que, por lo común, han gozado de buena salud en lo que a legitimación social se refiere. Sin embargo, el abandono político y financiero que están sufriendo tales instituciones locales, así como los numerosos (malos) ejemplos de corrupción que han proliferado recientemente en el entorno local, están conduciendo al municipalismo a

un desgaste institucional de enorme magnitud, que puede acabar –si no se repara urgentemente– con el distanciamiento y la desafección ciudadana de sus propios Gobiernos locales, que pueden verse impotentes para atender la cartera de servicios públicos que demandan los ciudadanos.

Esta desafección sería particularmente grave, puesto que a pesar de la debilidad del sistema institucional local y de su frágil sistema de financiación, los Gobiernos locales (y, especialmente, los municipios) gozan de una amplia aceptación por parte de la ciudadanía, a diferencia del relativo distanciamiento que les provoca el sistema de relaciones con la Comunidad Autónoma o con la Administración General del Estado.

La tesis que aquí se defiende es que esta crisis será de larga duración, y con efectos muy serios sobre el sector público: posiblemente nada volverá a ser como antes cuando esto algún día termine. Y si el sector público local no sabe extraer las pertinentes lecciones de este proceso, es muy posible que se vea abocado a un proceso paulatino de desgaste institucional e, inclusive, en algunos casos, a su propio cuestionamiento.

En una crisis económica estructural tan profunda como en la que nos encontramos, los poderes públicos locales deben apostar por añadir valor institucional, puesto que si no se verán efectivamente puestos en cuestión. En momentos de zozobra y con unas necesidades de reducción del gasto público acuciantes, pueden aparecer –de hecho, ya están apareciendo– propuestas arbitristas sin un fondo serio de reflexión, que abogan por “medidas fáciles” de formular y difíciles de llevar a la práctica, tales como una “simplificación radical” del mapa de Gobiernos locales (reducción de municipios, supresión de diputaciones, etc.).

Las entidades locales se juegan su futuro como instituciones al servicio de la ciudadanía en los próximos años. Y es por ello que, en estos momentos, el foco de atención debe dirigirse hacia un claro proceso de reforzamiento institucional de los Gobiernos locales, para hacer frente a la larga noche de crisis fiscal que se avecina. Se trata, en consecuencia, de “hacer más o hacer lo mismo con menos recursos, y hacerlo además de forma más eficiente”. Se puede hacer. Se debe hacer.

No obstante, este proceso requiere un cambio de mentalidad de nuestra clase política local, de los directivos locales y de los propios empleados públicos al servicio de las entidades locales, así como de los ciu-

dadanos (a los que habrá que explicar muy bien, de forma pedagógica y clara, cuál es el nuevo y complejo contexto).

En un sugerente libro, Lluís Recoder y Jordi Joly (2010), hacen una apuesta encendida por una redefinición del papel de la política en el ámbito del Gobierno local, abogando por la creación de valor público y la superación de la inmediatez que tanto atenaza a nuestros políticos locales. En definitiva, bajo la idea de “proyecto”, los autores manejan la necesidad de una visión estratégica por parte de la política, para hacer frente a los innumerables retos que se suscitan en la sociedad del conocimiento y de la información. Pero, obviamente, ese replanteamiento del papel de la política sitúa también su campo de actuación en una correlativa reducción del espacio actual que ocupa: como diré inmediatamente, la idea de “proyecto” (político) viene acompañada de la de “ejecutividad”, lo que conduce a una encendida defensa de la figura del “directivo público profesional”, al que cabe exigir una confianza ejecutiva y nunca una confianza política. El interés de esta importante reflexión trasciende del plano meramente académico (en el cual algunos llevábamos años posicionándonos sin ningún tipo de éxito), y se sitúa en el plano empírico o práctico, ya que sus destinatarios son principalmente los políticos locales y autonómicos. Que al menos tomen nota.

Muy brevemente, pasemos revista rápidamente a cuáles son algunos puntos a través de los cuales se puede llevar a cabo un proceso de reforma institucional del Gobierno local en España, que ayude a enfrentarse con una crisis fiscal larga, profunda y, posiblemente, dolorosa. Obviamente, nos interesa especialmente dedicar una atención final a las políticas de reforma, modernización o innovación en materia de recursos humanos, tal como se anticipaba en el enunciado de este estudio.

### **6.1. Medidas de reforzamiento institucional del sistema de gobierno local y de su financiación**

Disponemos de una legislación básica en materia local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local) que está absolutamente inadaptada para las necesidades de los Gobiernos locales en la segunda década del siglo XXI. Tras veinti-

cinco años de vigencia (y aunque haya sido “remendada” en varias ocasiones), es obvio que se requiere repensar ese marco normativo institucional, y definir mejor cuáles son los ámbitos de poder (competencias) de los Gobiernos locales y cuál es, asimismo, el sistema de financiación. La Ley de Haciendas locales está asimismo necesitada de una reforma de gran calado, siempre anunciada y nunca llevada a cabo. Se debe repensar profundamente el sistema de tributos locales y el sistema de financiación local en su conjunto.

El Gobierno central ha anunciado la aprobación en el mes de marzo de 2011 del Proyecto de Ley básica del Gobierno y de la Administración local, que debe sustituir a la legislación básica de 1985, pero su “recorrido político” (dada la situación de incomunicación y de absoluto enfrentamiento de las fuerzas políticas mayoritarias) se torna más bien complejo. Ese anuncio, sin embargo, tiene pocos visos de materializarse, ni siquiera en su primera fase (aprobación del Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros y remisión a las Cortes Generales). También se ha anunciado que la Ley de Haciendas locales (o la financiación local) no se abordará, como mínimo, hasta el 2013. Y esto en un cálculo ciertamente optimista. Con lo cual el panorama de reforma institucional del Gobierno local, a corto plazo, puede ser caracterizado como desolador.

Por su parte, los Gobiernos locales han sufrido un proceso de interiorización en el seno de las comunidades autónomas. Y, por tanto, sería muy importante que los cuadros normativos autonómicos que regulan el Gobierno local se adaptaran asimismo a los nuevos tiempos. Pero este proceso es complejo, si antes el legislador básico no actúa y remueve algunas de las limitaciones propias del marco actual. Aun así, hay algún recorrido para innovar en este campo. Así lo ha hecho la reciente Ley de autonomía local de Andalucía (Ley 5/2010), pero no deja de ser una excepción en un sistema normativo bastante inerte o continuista (por ejemplo, la reciente Ley valenciana de régimen local). La Ley andaluza, aunque con las limitaciones expuestas y dentro del marco estatutario de la configuración de los Gobiernos locales, hace una apuesta clara y determinante por reforzar la autonomía local, sobre todo en el plano de una delimitación precisa de las competencias.

Cataluña, por su parte, a pesar de las importantes previsiones estatutarias sobre el Gobierno local, ha sido incapaz de elaborar una Ley integral de Gobier-

nos locales, de la que tan solo existió un borrador. Sí que se han aprobado algunas leyes “parciales” (Ley del Consejo de Gobiernos Locales, Ley del Área Metropolitana de Barcelona, Ley de veguerías), pero aún falta un marco normativo que ponga orden y racionalidad a la estructura territorial de Cataluña, una tarea siempre aplazada y siempre pendiente. Esta inacción estatal y autonómica denota el papel de “secundariedad” que, por parte de las fuerzas políticas (sean del signo que fueren), se atribuye al Gobierno local. Hay, en efecto, un marcado desinterés por lo local, que solo se subsana parcialmente cuando se avecinan los procesos electorales municipales.

Con este precario marco normativo institucional no cabe sino llevar a cabo una política de “supervivencia institucional”, pues no cabe esperar a corto plazo –salvo sorpresas de última hora– que la reforma institucional y financiera del Gobierno local entre en la agenda política, de la que se cayó hace mucho tiempo, y nuestros gobernantes (acuciados por los problemas inmediatos) son materialmente incapaces de visualizar sus réditos sobre el crecimiento económico.

Así las cosas, la institucionalidad de los Gobiernos locales en España se encuentra sumida en una etapa de languidecimiento y de cuestionamiento de su propio papel. La débil posición del nivel local de gobierno en el conjunto del gasto público no ha sido óbice para su fuerte legitimación entre la ciudadanía. Esta puede sufrir muchos enteros si el actual marco normativo-financiero sigue incólume. Nuestro “deporte nacional” de cargarnos instituciones (en esta actitud “cainita” que, al parecer, forma ya parte de nuestro propio ADN) parece que tendrá continuidad con una labor de asedio a los municipios y provincias. Esperemos que el municipalismo dé una contundente respuesta a esta amenaza.

Hay que elevar la voz sobre la necesidad imperiosa de reordenar institucionalmente (y financieramente) el sistema local de gobierno en España, puesto que los ciudadanos –más aún en una situación de crisis económica aguda y prolongada en el tiempo– se dirigen muchas veces hacia la Administración que tienen más cercana, como es el caso de los ayuntamientos, y estos se van a ver imposibilitados de satisfacer, siquiera sea mínimamente, sus necesidades inmediatas. La legitimación del Estado social está en juego si no se presta la atención debida a la arquitectura institucional de las entidades locales en España y a su necesario fortalecimiento.

## 6.2. Medidas de reforma estructural y organizativa. Una apuesta por la dirección pública profesional

En este segundo apartado, se encuadran determinadas medidas que sí que pueden ser adoptadas por el propio Gobierno local en uso de sus potestades de autoorganización y de su autonomía política. Aquí las posibilidades de innovación son amplísimas, y dependen de la visión política y de la propia voluntad que muestre cada Gobierno local y, en particular, del ejercicio de liderazgo que se haga en cada caso.

Sin duda en este campo hay que encuadrar medidas de ajuste fiscal, pero que deberían insertarse en un Plan de reforma, modernización o innovación de la respectiva entidad. Este Plan debería incluir reformas de carácter presupuestario, de gestión (procesos), organizativas, de “mercado” (privatizaciones, en su caso), de (re)planteamiento de la cartera de servicios, así como las que se denominan como “gerenciales” (gestión por resultados y dirección pública profesional). En síntesis, una Administración más flexible, más eficiente y más innovadora.

No es momento de desarrollar aquí todo estos ejes, pues tal cuestión desborda con mucho los objetivos de este texto. Pero sí conviene advertir que cabe ir repensando toda la estructura de gobierno municipal con el fin de racionalizarla y simplificarla, prescindir de buena parte de ese “ejército de asesores” que anida en buena parte de los Gobiernos locales (esto es, hacer un uso prudente y justificado de la figura del “personal eventual”), simplificar procedimientos y trámites (por exigencias de la Directiva de servicios, pero ir incluso más allá), mejorar todos los sistemas y procesos de gestión, apostar por un reforzamiento y desarrollo de la Administración electrónica, racionalizar y simplificar (suprimiendo o fusionando) el denso y complejo sector público empresarial de las entidades locales, y, en fin, desarrollar de forma definitiva la figura del directivo público profesional en las entidades locales, que acabe definitivamente con el desarrollo de estas funciones por el personal eventual (figura absolutamente inadecuada para tales menesteres y definitivamente desplazada por la legislación básica vigente en estos momentos).

Sobre este último punto, no me resisto a reproducir unas interesantes reflexiones de dos políticos locales catalanes antes citados (Recoder-Joly, 2010), cuando expresamente afirman lo siguiente:

“Queda expuesto que la política necesita incorporar un elemento nuevo, fuerte y potente, una nueva concepción del directivo público, un directivo ejecutivo con las mismas competencias o más que el directivo de la empresa privada (...)”.

“La ‘confianza ejecutiva’ tiene que prevalecer por encima de la ‘confianza política’ que actualmente se pide al directivo público (...) La prevalencia de la confianza política actual sobre los cargos de dirección pública genera un mercado de directivos públicos ineficiente, nada transparente ni competitivo”.

Y concluyen:

“En cualquier caso, los directivos actuales se entienden como ‘eventuales’ vinculados a los políticos electos y fundamentados en la confianza política, es decir son personas en su mayoría de partido, la misma norma legal los identifica en muchos casos como políticos, como cargos políticos que están ejerciendo de directivos públicos. Esto es terriblemente nocivo e inapropiado para disponer y conformar escenarios ejecutivos y rigurosos con la gestión, es terriblemente contrario a crear climas de confianza tan necesarios dentro de cualquier organización para su buen funcionamiento”.

Se podía decir más alto, pero posiblemente no más claro. Algunos llevamos no pocos años intentando demostrar la necesidad y el valor institucional que esta “institución de mediación” que es la dirección pública profesional representa. Creo que estos dos responsables políticos locales (aunque uno de ellos haya asumido responsabilidades autonómicas recientemente) han puesto el dedo en la llaga y, definitivamente, han abierto un debate entre la clase política local que debería cerrarse asumiendo el refuerzo de la competitividad institucional que esta opción por la profesionalización de los directivos públicos representa.

## 6.3. Medidas de reforma del empleo público

El empleo público es, asimismo, una institución capital en el Estado constitucional democrático. Sin embargo, es una institución que se encuentra en crisis. En un acertado y sugerente estudio (por cierto, de obligada lectura), el profesor Sánchez Morón (2010) ha puesto el foco de atención sobre cuáles son los problemas actuales que aquejan al empleo público. No puedo en estos momentos desarrollar el diagnóstico y sus interesantes propuestas, pero cabe afirmar que el empleo público se halla actualmente sumido en una crisis existencial de primera magnitud.

El EBEP supuso en sus inicios un “cambio de paradigma” sobre cómo configurar la institución del empleo público en las Administraciones Públicas del siglo XXI. Sin embargo, sus elementos más innovadores “duermen el sueño de los justos” a la espera de que alguien los desarrolle.

Incapaz de incorporar la “savia” nueva que representaba el cambio de paradigma del EBEP (evaluación del desempeño, carrera profesional, directivos públicos profesionales y código ético en el empleo público), la institución transita por un sendero de reforzamiento de su estatus de derechos (con claras connotaciones de privilegio frente al resto de empleados no públicos) y por un mantenimiento de su *statu quo*, que los sindicatos del sector público defienden “a capa y espada”, lo que produce una inadaptación brutal de ese empleo público frente a las necesidades del sector público en la actualidad.

Un sindicalismo que aboga por un “igualitarismo” de factura barata para los empleados, pero cara para los ciudadanos, una productividad escasa o pírrica en ocasiones, una presencia en el centro de trabajo (física, que no mental en ocasiones) que ofrece los estándares más bajos de los países de la OCDE, así como una “desmotivación” generalizada que se muestra en un débil sentido de pertenencia a la institución, conforman un cuadro desolador.

A nada de esto es ajeno el empleo público local. Pero lo más preocupante es que los “funcionarios” (“empleados públicos”) están en estos momentos en el “ojo del huracán” de la opinión ciudadana. Frente a la precariedad del mercado laboral, el incremento desmesurado de las cifras de paro, la caída en la pobreza o en la marginalidad de no pocos ciudadanos, la ruina de innumerables emprendedores o autónomos, el empleo público se ha convertido en “la isla” donde todo el mundo quiere recalar.

Pero esta crisis tendrá (está teniendo ya) efectos importantes sobre el empleo público. También sobre el empleo público local. Las plantillas de los Gobiernos locales están, por lo común, infladas, principalmente debido a la ampliación de la cartera de servicios y, en no pocas ocasiones, dado el sistema de financiación vía subvenciones (que una vez acabadas dejan a los ayuntamientos con el personal incrustado en sus plantillas). El empleo público debe “reinventarse” a sí mismo y sobre todo “reivindicarse” ante la sociedad. Habrá que “aligerar” el peso de los gastos de personal sobre los presupuestos de los Gobiernos locales. En algunos ca-

sos las rescisiones de contratos serán necesarias, pero la apuesta debería ir por un Plan de racionalización de efectivos que abogara por el mantenimiento (cuando sea factible) de las plantillas actualmente existentes, aunque en algunos casos será necesario un ajuste de salarios o, en su caso, pactar reducciones de jornada (con las correspondientes reducciones de salarios). Pero, eso sí, exigiendo un incremento de la productividad cuantificable, sostenido e incrementado en el tiempo.

Evidentemente hay que recurrir a los planes de recursos humanos para poder gestionar personas en un entorno de crisis fiscal. La legislación de función pública no ayuda en exceso. Los planes de empleo se incorporaron durante la crisis de 1992-1993 (Ley 22/1993) y todavía están insertos en la legislación básica y en la normativa autonómica de desarrollo. Sobre esto nada se ha innovado, y habrá que recurrir a ese cuadro normativo si se quiere avanzar algo en esta línea. En particular, las entidades locales (al igual que las comunidades autónomas) disponen del interesante instrumento de los planes de racionalización, previstos en la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 30/1984 (que fue incorporada en la reforma de 1993). Pero el problema para racionalizar o reasignar recursos humanos no es tanto el marco normativo como las dificultades procedimentales de llevar a buen puerto esas políticas, sobre todo por la escasa (por no decir nula) sensibilidad sindical frente a este tipo de problemas: la configuración estrictamente “defensiva” y “conservadora” de los sindicatos del sector público, será probablemente una de las rémoras mayores para hacer frente, con políticas inteligentes de recursos humanos, a una crisis fiscal que amenaza con ser larga.

En todo caso, tal como decíamos, el marco normativo de los planes de empleo no deja de ser notablemente confuso y disfuncional. Efectivamente, la idea de planes de empleo se incorpora a la legislación española de función pública para hacer frente, en 1993, al proceso de convergencia europea que debía acabar en la moneda única. Y su concepción se vincula, por tanto, con una perspectiva de reasignación de efectivos o, incluso, de reducción de personal. Esta concepción será un lastre, puesto que la reasignación de efectivos puede ser necesaria para abordar un proceso de racionalización de plantillas en las entidades locales, pero al vincularse a este proceso una serie de situaciones administrativas (excedencia voluntaria incentivada, expectativa de destino o excedencia forzosa), algunas

de ellas de contenido “traumático” (excedencia forzosa), han terminado por identificar los procesos de “re-assignación” con una suerte de “expedientes de regulación de empleo de tipo funcional” (Palomar, 1997).

Sin duda habrá que amortizar algunas plazas, se deberán reasignar efectivos, habrá que acostumbrarse a los recursos escasos, y se tendrá que disciplinar con mucha pedagogía a unos sindicatos del sector público que pretenden mantener –parafraseando a Longo– “estancadas las aguas del empleo público”. Pero el tiempo corre en su contra. Si el sindicalismo en el sector público es incapaz de visualizar que sus empleadores (su “empresa”, como les gusta decir) son los ciudadanos, y no los políticos, muy poco se podrá avanzar en la línea de innovar y modernizar el empleo público local, y tal vez un día se den cuenta de cómo los propios ciudadanos les dan la espalda definitivamente y, lo que es peor, comienzan a aplaudir algunas medidas extemporáneas que algunas “damas de hierro” o “cirujanos” del mismo metal adopten en relación con el empleo público como institución, con sus empleados públicos y con los propios representantes sindicales.

No se me escapan las enormes dificultades que, en un contexto de crisis fiscal, supone una opción por la reforma institucional del empleo público, sobre todo por los costes que puede conllevar a corto/medio plazo poner en marcha determinados instrumentos y, sobre todo, reforzar las unidades de recursos humanos de las organizaciones locales. Pero no cabe duda de que esa es una inversión que deberá ser detectada por aquellos políticos locales con visión estratégica.

En todo caso, las innovaciones en materia de recursos humanos pueden ser muchas y de distinto calado. Lo importante es hacer cosas y caminar en la dirección de profesionalizar más el empleo público local, dotar de mejores competencias profesionales a los empleados públicos y, sobre todo, incrementar cualitativamente los índices de productividad, con el fin último de servir mejor a los ciudadanos. Si se comienza a caminar en esta dirección los resultados, más tarde o más temprano, se irán alcanzando. Pero que nadie se llame a engaño: una reforma estructural de este tipo requiere tiempo, liderazgo, sostenibilidad y ciertas dosis de tenacidad. No son retos para políticos pusilánimes o de perspectivas cortoplacistas. La impaciencia no casa bien con este tipo de reformas.

Los años venideros en materia de empleo público local deben ser los años de la innovación y de la gestión del cambio. Se debe invertir en desarrollar las

herramientas de planificación de recursos humanos también en la Administración local, lo que implica necesariamente optar por instrumentos de planificación estratégica, difíciles de concretar en un marco de tanta incertidumbre, pero que resultan un ejercicio necesario para poder hacer frente con garantías de éxito a los problemas con los que se enfrenta el empleo público.

Sin duda, las medidas de ajuste serán imprescindibles, pero junto a ellas se deben enviar “luces positivas” que refuercen la institucionalidad del empleo público local, a través de una serie de instrumentos y mediante la configuración de una política integral de empleo público. Así, a modo de rápido inventario, se debe impulsar un profundo cambio en una serie de ámbitos, tales como: a) desarrollar instrumentos de organización y gestión del empleo público (monografías de puestos, análisis funcionales, áreas funcionales); b) reforzar los instrumentos de selección para captar talento; c) impulsar políticas formativas adecuadas a las nuevas necesidades de la estructura del personal y de las plantillas; d) implantar sistemas de evaluación del desempeño, siquiera sea como experiencias piloto, con el fin de mejorar el instrumento con el paso del tiempo; e) articular sistemas de carrera profesional sin coste fiscal (o con impacto fiscal diferido), que permitan desarrollos de competencias profesionales de los empleados públicos, y expectativas de promoción profesional en las organizaciones locales; f) instaurar la dirección pública profesional en el ámbito local; g) profesionalizar el sistema de negociación colectiva por lo que afecta a la representación local. Muchas de estas propuestas no podrán ser abordadas por buena parte de nuestros municipios, dadas sus limitaciones en cuanto a capacidad de gestión, pero deben ser reforzados y apoyados por los Gobiernos locales intermedios. A tal efecto, hay que apostar porque todas aquellas políticas de innovación del empleo público local se impulsen desde tales Gobiernos locales intermedios, pero por iniciativa de los propios municipios. Es una tarea compleja, dilatada en el tiempo, pero imprescindible si se quiere mejorar la calidad institucional de los Gobiernos locales en España.

En fin, concluyo. La trascendencia del sistema institucional es indudable en un Estado constitucional, pero asimismo las instituciones tienen un papel importantísimo en el desarrollo económico y, por lo que ahora interesa, como instrumento para superar el largo ciclo de crisis fiscal en el que están sumidos nuestros Gobiernos locales. Fortalecer las instituciones,

fortalecer la capacidad institucional, mejorar nuestros sistemas institucionales, modernizar, reformar e innovar constantemente, deberían ser la guía de los políticos locales que tuvieran visión estratégica.

Pero no nos llamemos a engaño. Como ha expuesto de forma clarificadora Hugh Hecló (2010), "nuestro actual peligro no radica tanto en el exceso de pensamiento institucional como en su insuficiencia. La mente moderna ha perdido su equilibrio en lo que respecta a las instituciones". Y, desgraciadamente, nuestros políticos locales, nuestros directivos, nuestros sindicalistas y nuestros empleados públicos, no son una excepción a esta regla.

Queda, por tanto, un ingente trabajo por hacer. Pongámonos, pues, manos a la obra. Preparemos ya el difícil camino que se avecina para los años venideros en el ámbito del Gobierno local. El libro citado de Hecló acaba con una reflexión que no me resisto a reproducir:

"¿Tenemos que caminar cuesta arriba todo el rato? Sí, hasta el final del mismo. Pero no hay razón para el desánimo. El camino de subida puede ser también un camino de salida (...) hacia algo mejor".

## 7. Bibliografía

- AGUILAR, L. F.: *Gobernanza: normalización conceptual y nuevas cuestiones*, ESADE, Barcelona, 2008.
- COHEN, D.: *La prosperidad del mal. Una introducción (inquieta) a la economía*, Taurus, 2010.
- Congreso de Poderes Locales y Regionales (Consejo de Europa): "Les collectivités territoriales font face à la crise", *L'état du Congrès 2009*.
- DEHESA, G. de la: *La primera gran crisis financiera del siglo XXI*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- ECHEBARRÍA, K.: "Crisis y empleo público en España", *Congreso Internacional de Recursos Humanos*, Vitoria-Gasteiz, junio de 2010.
- European Union/Urbact II: *Cities and the Economic Crisis. A survey on the impact of the economic crisis and the responses of Urbact II cities*, abril, 2010.
- FUKUYAMA, F.: *State Building. Gouvernance et ordre du monde au XXIe siècle*, La Table Ronde, París, 2004.
- GÁMIR, L.: "España: ¿adicta al paro?", *Lecciones de la Crisis: Revista del IEE*, núm. 1, 2010.
- HECLO, H.: *Pensar institucionalmente*, Paidós, Barcelona, 2010.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: "Dirigir el sector público a Catalunya: reptes pendents", en X. PONT y J. ORIOL PRATS, *Reformes més enllà dels tòpics: com pot Catalunya sortir reforçada de la crisi*, Fundació Rafael Campalans, Barcelona, 2010.
- KERAUDREN, P.: *Les modernisations de l'Etat et le Thatcherisme*, IEAP/EIPA, Bruylant, Bruselas, 1994.
- MARÍN QUEMADA, J. M.: "La crisis financiera internacional, las dos crisis de la economía española y algunas recomendaciones de política económica", *Lecciones de la Crisis: Revista del IEE*, núm. 1, 2010.
- NORTH, D. C.: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- OSBORNE, D., PLASTRIK, P.: *La reducción de la burocracia. Cinco estrategias para reinventar el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1998.
- PICQ, J.: *Il faut aimer l'État*, Flammarion, París, 1995.
- PIMENTEL, M.: "Los ayuntamientos y la crisis económica", *Barcelona Metròpolis. Revista de Informació y pensamiento urbanos*, otoño-invierno 2008-2009, Barcelona.
- PRÖL, M., HEICHLINGER, A.: *Taking the pulse of European Public Administration. Key Findings of the European Public Sector Award 2009*, EIPA, Maastricht, 2009.
- RECODER, LL., JOLY, J.: *La política que ve. Competitivitat pública per afrontar els reptes del segle XXI*, Proa, Barcelona, 2010.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Situación actual del empleo público", *El Cronista*, núm. 1, 2010.
- STIGLITZ, J. E.: *Caída Libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*, Taurus, Barcelona, 2010.
- TUGORES QUES, J.: *Crisis: lecciones aprendidas... o no*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- VELASCO, F.: "Crisis económica y Derecho Local", *Anuario de Derecho Municipal 2009*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- VIÑALS, J.: "Reflexiones sobre la crisis financiera internacional", *Lecciones de la Crisis: Revista del IEE*, núm. 1, 2010. ■

# Ejecución y suspensión de los actos tributarios locales

Pilar Galindo Morell

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

1. **Introducción**
2. **Marco normativo**
3. **Régimen jurídico de la revisión de los actos administrativos de gestión tributaria en el ámbito local**
  - 3.1. Procedimientos especiales de revisión
    - 3.1.1. Declaración de nulidad de pleno derecho.
    - 3.1.2. Declaración de lesividad de actos anulables.
    - 3.1.3. Revocación de actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones.
    - 3.1.4. Rectificación de errores.
    - 3.1.5. Devolución de ingresos indebidos.
    - 3.1.6. Actos no susceptibles de revisión
  - 3.2. Revisión a instancia de parte: régimen general
  - 3.3. Régimen especial de los municipios de las grandes ciudades: reclamación económico-administrativa, previo en su caso el recurso de reposición de carácter potestativo
  - 3.4. Especial referencia al Impuesto de Actividades Económicas y al Impuesto de Bienes Inmuebles
  - 3.5. Suspensión parcial
4. **El régimen de la suspensión en materia sancionadora**
5. **Silencio administrativo positivo en las solicitudes de suspensión**
6. **Criterios del Tribunal Superior de Justicia en relación a las medidas cautelares tributarias en el proceso contencioso-administrativo**
7. **Breves consideraciones finales**
8. **Bibliografía**

## Resumen

El régimen jurídico de revisión de los actos administrativos de gestión tributaria en el ámbito local está lleno de especialidades y particularidades, resultando especialmente dificultoso no solo para las propias corporaciones locales, en la utilización del procedimiento adecuado en cada caso, y el cumplimiento de las indispensables advertencias de recursos en las notificaciones de sus respectivos actos, sino también para los administrados, pues una equivocada elección del medio de impugnación, dada la brevedad de los plazos previstos, les puede acarrear la pérdida de su derecho. La vía de reacción del administrado frente a los actos de aplicación de los tributos y demás ingresos de derecho público de las entidades locales, no solo es diferente de la aplicable a los tributos estatales, sino que también varía en función de que se trate de municipios de gran población o del resto de las entidades locales no sujetas a dicho régimen.

Palabras clave: *actos tributarios locales; ejecución; suspensión; régimen jurídico.*

## Abstract

*Legislation and regulations regarding administrative acts of local taxes are full of peculiarities. As a result, it is difficult for local governments to choose the right process in each case and to indicate the adequate administrative appeals that the citizens should use in case of disagreement with the administrative act. This difficulty also applies to citizens because the wrong choice of the administrative appeal, taking into account that the deadlines are brief, can lead to the loss of their rights.*

*The way of reacting before administrative acts of local entities regarding the management of taxes and other incomes regulated by public law are not only different in relation to federal taxes, but also varies if we are before cities of huge population and the rest of local entities that are not subject to this regime.*

Key words: *administrative acts regarding local taxes; execution; suspension; legal regime.*

## 1. Introducción

Las Administraciones Públicas tienen reconocidas por la ley una serie de privilegios, poderes y potestades que se despliegan en un haz de competencias, en uso de las cuales actúan y dictan actos administrativos que se presumen válidos, son eficaces y pueden ser ejecutados forzosamente. Dentro del conjunto de potestades, la más importante es la potestad o privilegio de la autotutela en su doble manifestación: la autotutela declarativa –posibilidad de dictar actos que se presumen válidos y eficaces– y la autotutela ejecutiva –ejecución forzosa por parte de la Administración autora de los actos si el afectado no lo hace voluntariamente–.

El privilegio de la denominada autotutela administrativa no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 CE (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 238/1992, de 17 de diciembre; 148/1993, de 29 de abril; 78/1996, de 20 de mayo; 199/1998, de 13 de octubre, 189/2004, de 2 de noviembre).

La ejecutividad de los actos administrativos tributarios, como manifestación del privilegio de autotutela de la Administración, puede provocar situaciones que no siempre resultan conformes a derecho. En todo caso, y como contrapunto de la prerrogativa de la autotutela administrativa, se arbitra en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de suspensión del acto administrativo.

La medida cautelar de suspensión, por su propia naturaleza, es accesoria e instrumental respecto de la pretensión principal, por lo que solo debe ser solicitada cuando sea necesaria, no constituyendo el problema la propia medida cautelar, prevista por la duración de las impugnaciones, sean administrativas, económico-administrativas o jurisdiccionales, sino esas dilaciones y retrasos, y nunca la medida cautelar que intenta paliar sus efectos. No obstante, en algunas ocasiones se producen en el ámbito local situaciones que pueden provocar indefensión al administrado, como la falta de pronunciamiento sobre la solicitud de suspensión presentada, retraso a la hora de dictar su acuerdo de admisión, o conversión de este trámite en un antejuicio sobre el fondo del asunto.

## 2. Marco normativo

- Ley 58/2003, de 17 de diciembre. Ley general tributaria (LGT). Regula en el Título V la revisión en vía administrativa.

- Real decreto núm. 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA). Regula en los títulos III y IV, respectivamente, el recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas, así como el régimen de suspensión.

- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA). Regula en los artículos 129 y siguientes las medidas cautelares, que no se limitan a la suspensión del acto recurrido, puesto que caben cuantas medidas e incluso decisiones provisionales sean necesarias para evitar la consolidación de los hechos, asegurar “la efectividad de la sentencia” (artículo 129.1) y evitar que el recurso acabe perdiendo “su finalidad legítima” (artículo 130.1). En determinadas circunstancias las medidas cautelares pueden adoptarse sin oír a la parte contraria (artículo 135) e incluso antes de haberse interpuesto el recurso (artículo 136.2).

Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que la adopción de medidas cautelares provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.

- Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales (TRLRHL).

- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), con las modificaciones introducidas por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local (LMMGL), que ha incluido en el Título X de la misma, dedicado al régimen de organización de los municipios de gran población, el artículo 137, que dispone la obligatoria existencia en dichos municipios de un órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas. Precepto que según la Disposición transitoria cuarta de dicha Ley no resulta aplicable al municipio de Barcelona.

## 3. Régimen jurídico de la revisión de los actos administrativos de gestión tributaria en el ámbito local

El régimen general de revisión de los actos administrativos tiene una significativa especialidad cuando se trata de la materia tributaria. Así resulta de la Disposición

adicional quinta de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que dispone lo siguiente:

“1. Los procedimientos tributarios y la aplicación de los tributos se regirán por la Ley general tributaria, por la normativa sobre derechos y garantías de los contribuyentes, por las leyes propias de los tributos y las demás normas dictadas en su desarrollo y aplicación. En defecto de norma tributaria aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones de la presente Ley.

“En todo caso, en los procedimientos tributarios, los plazos máximos para dictar resoluciones, los efectos de su incumplimiento, así como, en su caso, los efectos de la falta de resolución serán los previstos en la normativa tributaria.

“2. La revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley general tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma”.

Y en el ámbito local, el régimen de la LGT no resulta sin más aplicable, puesto que la LBRL establece en sus artículos 108 a 113 reglas especiales:

El artículo 108 dispone que:

“Contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales, y de los restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, se formulará el recurso de reposición específicamente previsto a tal efecto en la Ley reguladora de las Haciendas locales. Dicho recurso tendrá carácter potestativo en los municipios a que se refiere el Título X de esta Ley”.

Por tanto, la vía de reacción del administrado frente a los actos de aplicación y efectividad de los tributos y demás ingresos públicos de las entidades locales no solo es diferente de la aplicable a los tributos estatales, sino que también varía en función de que se trate de municipios de gran población sujetos al Título X de la Ley de bases de régimen local o de las demás entidades locales.

Todos los preceptos específicos han de ser puestos en relación con la legislación general tributaria. La LGT dedica su Título V a la “Revisión en vía administrativa”, disponiendo en el artículo 213.1:

“Los actos y actuaciones de aplicación de los tributos y los actos de imposición de sanciones tributarias podrán revisarse, conforme a lo establecido en los capítulos siguientes, mediante:

“a) Los procedimientos especiales de revisión.

“b) El recurso de reposición.

“c) Las reclamaciones económico-administrativas”.

Por su parte, la Disposición adicional cuarta, sobre normas relativas a las Haciendas locales, establece en su apartado 1:

“La normativa aplicable a los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales en materia de recurso de reposición y reclamaciones económico-administrativas será la prevista en las disposiciones reguladoras de las Haciendas locales”.

Por último, y como más adelante veremos, el Impuesto de Bienes Inmuebles y el Impuesto sobre Actividades Económicas son impuestos municipales pero de gestión compartida, ya que compete a la Administración del Estado la gestión catastral y la inspección catastral del primero y la gestión censal y la inspección del segundo, mientras que la gestión tributaria de ambos es de la competencia del Ayuntamiento de la imposición.

Por tanto, la regulación y el estudio sobre la ejecución y suspensión de los actos tributarios locales están llenos de particularidades, especialidades y excepciones, resultando especialmente dificultosos para las propias corporaciones locales tanto la aplicación del procedimiento adecuado en cada caso como el cumplimiento de las indispensables advertencias de recursos en las notificaciones de sus respectivos actos, así como para los administrados, pues la equivocada elección del medio de impugnación puede acarrearles la pérdida de su derecho, dada la brevedad de los plazos.

### 3.1. Procedimientos especiales de revisión

Como hemos señalado, en materia de revisión administrativa de los actos de naturaleza tributaria, la única especialidad que para las entidades locales prevé la LGT, posterior a la Ley de bases de régimen local –Ley 7/1985, de 2 de agosto (LBRL)–, es la recogida en la citada Disposición adicional cuarta, que se refiere al recurso de reposición y a las reclamaciones económico-administrativas, por lo que el artículo 110.2 de la LBRL ha de entenderse modificado por la LGT, y, en consecuencia, todos los procedimientos de revisión son directamente aplicables a las entidades locales, con las únicas especialidades derivadas de su régimen organizativo.

### 3.1.1. Declaración de nulidad de pleno derecho

Se regula en el artículo 217 de la LGT:

“1. Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos:

“a) Que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

“b) Que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

“c) Que tengan un contenido imposible.

“d) Que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta.

“e) Que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados.

“f) Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

“g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

“2. El procedimiento para declarar la nulidad a que se refiere este artículo podrá iniciarse:

“a) Por acuerdo del órgano que dictó el acto o de su superior jerárquico.

“b) A instancia del interesado.

“3. Se podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del órgano consultivo, cuando el acto no sea firme en vía administrativa o la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del apartado 1 de este artículo o carezca manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

“4. En el procedimiento se dará audiencia al interesado y serán oídos aquellos a quienes reconoció derechos el acto o cuyos intereses resultaron afectados por el mismo.

“La declaración de nulidad requerirá dictamen favorable previo del Consejo de Estado u órgano equivalente de la respectiva Comunidad Autónoma, si lo hubiere.

“5. En el ámbito de competencias del Estado, la resolución de este procedimiento corresponderá al Ministro de Hacienda.

“6. El plazo máximo para notificar resolución expresa será de un año desde que se presente la solicitud por el interesado o desde que se le notifique el acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento.

“El transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa producirá los siguientes efectos:

“a) La caducidad del procedimiento iniciado de oficio, sin que ello impida que pueda iniciarse de nuevo otro procedimiento con posterioridad.

“b) La desestimación por silencio administrativo de la solicitud, si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia del interesado.

“7. La resolución expresa o presunta o el acuerdo de inadmisión a trámite de las solicitudes de los interesados pondrán fin a la vía administrativa”.

Este precepto resulta directamente aplicable al ámbito local, con la salvedad de su apartado 5º, en cuyo lugar el artículo 110.1 de la LBRL otorga la competencia para su resolución al Pleno de la corporación; y en cuanto a la preceptiva intervención del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, debemos acudir al artículo 48 de la LBRL, que señala:

“En los asuntos en que sea preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, la correspondiente solicitud se cursará por conducto del presidente de la Comunidad Autónoma”.

### 3.1.2. Declaración de lesividad de actos anulables

Se regula en el artículo 218 de la LGT:

“1. Fuera de los casos previstos en el artículo 217 y 220 de esta Ley, la Administración tributaria no podrá anular en perjuicio de los interesados sus propios actos y resoluciones.

“La Administración tributaria podrá declarar lesivos para el interés público sus actos y resoluciones favorables a los interesados que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a fin de proceder a su posterior impugnación en vía contencioso-administrativa.

“2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se notificó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el procedimiento.

“3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo.

“4. En el ámbito de la Administración General del Estado, la declaración de lesividad corresponderá al ministro de Hacienda”.

En el ámbito local, el órgano competente para declarar la lesividad depende de la entidad local de que se trate: en las que se rigen por el Título X de la LBRL, el autor del acto revisable [art. 123.1.l), 124.4.m) y 127.1.k)]; en el resto de las entidades locales, el Pleno [art. 22.2.k) y 33.2.j)], si bien corresponde al alcalde o al presidente [art. 21.1.1) y 34.1.j)] la iniciativa para proponer la declaración cuando se trate de asuntos de la competencia de estos.

### 3.1.3. Revocación de actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones

Se regula en el artículo 219 de la LGT:

“1. La Administración tributaria podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados cuando se estime que infringen manifiestamente la ley, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado, o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados.

“La revocación no podrá constituir, en ningún caso, dispensa o exención no permitida por las normas tributarias, ni ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

“2. La revocación solo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción.

“3. El procedimiento de revocación se iniciará siempre de oficio, y será competente para declararla el órgano que se determine reglamentariamente, que deberá ser distinto del órgano que dictó el acto.

“En el expediente se dará audiencia a los interesados y deberá incluirse un informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la procedencia de la revocación del acto.

“4. El plazo máximo para notificar resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento.

“Transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento.

“5. Las resoluciones que se dicten en este procedimiento pondrán fin a la vía administrativa”.

Este precepto remite a su desarrollo por vía reglamentaria que tuvo lugar por el Real decreto 520/2005 (RGRVA), el cual resulta de aplicación directa al ámbito local, por la remisión que su artículo 1.2 hace al artículo 1 de la LGT.

### 3.1.4. Rectificación de errores

Se regula en el artículo 220 de la LGT:

“1. El órgano u organismo que hubiera dictado el acto o la resolución de la reclamación rectificará en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, los errores materiales, de hecho o aritméticos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción.

“En particular, se rectificarán por este procedimiento los actos y las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativas en los que se hubiera incurrido en error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

“La resolución corregirá el error en la cuantía o en cualquier otro elemento del acto o resolución que se rectifica.

“2. El plazo máximo para notificar resolución expresa será de seis meses desde que se presente la solicitud por el interesado o desde que se le notifique el acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento.

“El transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa producirá los siguientes efectos:

“a) La caducidad del procedimiento iniciado de oficio, sin que ello impida que pueda iniciarse de nuevo otro procedimiento con posterioridad.

“b) La desestimación por silencio administrativo de la solicitud, si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia del interesado.

“3. Las resoluciones que se dicten en este procedimiento serán susceptibles de recurso de reposición y de reclamación económico-administrativa”.

Su aplicación al ámbito local resulta de lo dispuesto en el artículo 14 del TRLRHL y del artículo 137 de la LBRL.

### 3.1.5. Devolución de ingresos indebidos

Se regula en el artículo 32 de la LGT:

“1. La Administración tributaria devolverá a los obligados tributarios, a los sujetos infractores o a los sucesores de unos y otros, los ingresos que indebidamente se hubieran realizado en el Tesoro Público

con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones tributarias o del pago de sanciones, conforme a lo establecido en el artículo 221 de esta Ley.

“2. Con la devolución de ingresos indebidos la Administración tributaria abonará el interés de demora regulado en el artículo 26 de esta Ley, sin necesidad de que el obligado tributario lo solicite. A estos efectos, el interés de demora se devengará desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución.

“Las dilaciones en el procedimiento por causa imputable al interesado no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del período a que se refiere el párrafo anterior.

“3. Cuando se proceda a la devolución de un ingreso indebido derivado de una autoliquidación ingresada en varios plazos, se entenderá que la cantidad devuelta se ingresó en el último plazo y, de no resultar cantidad suficiente, la diferencia se considerará satisfecha en los plazos inmediatamente anteriores”.

Su aplicación al ámbito local viene determinada por la remisión del artículo 14.1 a) del TRLRHL y de la Disposición adicional cuarta 2. de la LGT, que señala:

“Lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 32 de esta Ley será aplicable a la devolución de ingresos indebidos derivados de pagos fraccionados de deudas de notificación colectiva y periódica realizados a las entidades locales”.

El procedimiento para la devolución de ingresos indebidos está regulado en el artículo 221 de la LGT, y el desarrollo reglamentario a que alude dicho precepto ha sido llevado a cabo por el RGRVA en sus artículos 14 a 20, quedando derogado el Real decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, salvo sus artículos 8, 9, 10, 11, 13, 14, la Disposición adicional tercera y el apartado 3 de la Disposición adicional quinta.

### 3.1.6. Actos no susceptibles de revisión

Se regulan en el artículo 213.3 de la LGT:

“3. Cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme, no serán revisables en ningún caso los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones ni las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativas”.

En el mismo sentido, el citado artículo 14 del TRLRHL señala: “No serán revisables los actos administrativos confirmados por sentencia judicial firme”.

### 3.2. Revisión a instancia de parte: régimen general

Se regula en el apartado 2 del artículo 14 del TRLRHL.

Dicho apartado señala: “Contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, solo podrá interponerse el recurso de reposición que a continuación se regula”. A continuación dicho apartado regula en las letras a) a ñ), ambas inclusive, el objeto del mismo, el plazo de interposición, la legitimación, la presentación del recurso, el régimen de suspensión, la resolución y la impugnación de la resolución.

La letra i) del mismo contempla la suspensión del acto impugnado, señalando lo siguiente:

“La interposición del recurso de reposición no suspenderá la ejecución del acto impugnado, con las consecuencias legales consiguientes, incluso la recaudación de cuotas o derechos liquidados, intereses y recargos. Los actos de imposición de sanciones tributarias quedarán automáticamente suspendidos conforme a lo previsto en la Ley general tributaria.

“No obstante, y en los mismos términos que en el Estado, podrá suspenderse la ejecución del acto impugnado mientras dure la sustanciación del recurso aplicando lo establecido en el Real decreto 2244/1979, de 7 de septiembre, por el que se reglamenta el recurso de reposición previo al económico-administrativo, y en el Real decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas...”.

Dicha letra i) remite (con una técnica harto deficiente de remisión a normas reglamentarias que han quedado derogadas) al régimen de suspensión previsto para los tributos del Estado, por lo que la remisión a las disposiciones reglamentarias a que la misma alude hay que entenderla sustituida por la remisión al Real decreto 520/2005, por el que se aprueba el Reglamento general en materia de revisión en vía administrativa, pues es esta norma reglamentaria la que deroga expresamente los reglamentos aludidos en el texto refundido.

El TRLRHL resalta 3 especialidades propias del ámbito local, a saber:

1º) La competencia para resolver la suspensión corresponde al órgano de la entidad local que dictó el acto.

2º) Las resoluciones desestimatorias de la suspensión solo serán susceptibles de impugnación en vía contencioso-administrativa, pues no hay reclamación económico-administrativa a la que acudir, salvo que

se trate de municipios de gran población, como luego veremos.

3º) Cuando se interponga recurso contencioso-administrativo contra la resolución del recurso de reposición, la suspensión acordada en vía administrativa se mantendrá, siempre que exista garantía suficiente, hasta que el órgano judicial competente adopte la decisión que corresponda en relación con dicha suspensión.

Así las cosas, la suspensión de la ejecución de los actos tributarios locales se rige por los 12 apartados del artículo 233 LGT, que regula la suspensión de la ejecución del acto impugnado en vía económico-administrativa, pues al igual que esta la reposición constituye, en el ámbito local, la vía previa y obligatoria para la impugnación en vía jurisdiccional. Y respecto de los aspectos procedimentales, la Disposición adicional primera del RGRVA señala que los órganos competentes de las entidades locales en materia de los procedimientos regulados en dicho Reglamento se determinarán conforme a lo que establezca su normativa específica.

De conformidad con el artículo 233 de la LGT, un esquema general de la regulación de la suspensión es el siguiente, teniendo en cuenta que la expresión “tribunal” ha de entenderse sustituida por “el órgano competente para la resolución del recurso”:

### 1) Principios generales, competencias e impugnación

La diferencia esencial respecto de la regulación de la suspensión en el recurso de reposición potestativo, se encuentra en la posibilidad de suspensión con garantías distintas de las típicas, e incluso de suspensión con dispensa total o parcial de garantías. La suspensión es automática sin necesidad de garantía en el caso de sanciones tributarias (artículo 233.1.II LGT), y también cuando se aprecie que, al dictar el acto, se ha podido incurrir en error aritmético, material o de hecho (artículo 233.5 LGT). Por el contrario, la ejecución del acto o resolución impugnado mediante un recurso extraordinario de revisión no podrá suspenderse en ningún caso (artículo 233.11 LGT).

### 2) Suspensión automática

La regla general es la suspensión automática, si se presta alguna de las garantías típicas (artículos 233.1 y 233.2 LGT) que son enumeradas en dicho apartado:

- a) depósito de dineros o valores públicos;
- b) aval o fianza de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución;

c) fianza personal o solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia para los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria.

La Orden EHA/3987/2005, de 15 de diciembre, por la que se desarrolla parcialmente el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real decreto 520/2005, de 13 de mayo, establece los requisitos de suficiencia de determinadas garantías aportadas para obtener la suspensión de la ejecución de los actos impugnados.

La solicitud de la suspensión, que deberá ir necesariamente acompañada del documento en que se formalice la garantía aportada, suspenderá el procedimiento de recaudación relativo al acto recurrido. De no acompañarse la garantía, no surtirá efectos suspensivos y se tendrá por no presentada a todos los efectos, procediéndose al archivo de la solicitud y a su notificación al interesado. Por el contrario, si la solicitud adjunta una garantía bastante, la suspensión se entenderá acordada desde la fecha de la solicitud, y dicha circunstancia deberá notificarse al interesado (artículos 43.1 y 43.3 RGRVA).

### 3) Garantías alternativas

El párrafo tercero del artículo 233 dispone lo siguiente:

“Cuando el interesado no pueda aportar las garantías necesarias para obtener la suspensión a que se refiere el apartado anterior, se acordará la suspensión previa prestación de otras garantías que se estimen suficientes, y el órgano competente podrá modificar la resolución sobre la suspensión en los casos previstos en el segundo párrafo del apartado siguiente”.

Es este el único requisito, pues frente a la regulación anterior no es necesario que concurra, adicionalmente, la posible producción de perjuicios de difícil o imposible reparación.

Su solicitud, junto a la documentación preceptiva, suspenderá cautelarmente el procedimiento de recaudación relativo al acto recurrido, si la deuda se encontrase en periodo voluntario en el momento de presentarse la solicitud. Si la deuda se encontrara en periodo ejecutivo, la solicitud de suspensión no impedirá la continuación de las actuaciones de la Administración, sin perjuicio de que proceda la anulación de las efectuadas con posterioridad a la fecha de solicitud si la suspensión fuese concedida finalmente (artículo 44.1 RGRVA).

#### 4) Dispensa de garantías

El tribunal podrá suspender la ejecución del acto con dispensa total o parcial de garantías cuando dicha ejecución pudiera causar perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 233.4 LGT).

El artículo 46.2 RGRVA regula en detalle los efectos de la presentación, según sea en periodo voluntario (suspensión cautelar del procedimiento de recaudación mientras el tribunal decida sobre la admisión o no a trámite), o en periodo ejecutivo (no impide la continuación de las actuaciones de la Administración).

#### 5) Alteración de las circunstancias

Se podrá modificar la resolución sobre la suspensión en los tres supuestos previstos en el artículo 233.4.II LGT: a) Cuando aprecie que no se mantienen las condiciones que motivaron la misma; b) Cuando las garantías aportadas hubieran perdido valor o efectividad; o c) Cuando conozca de la existencia de otros bienes o derechos susceptibles de ser entregados en garantía que no hubieran sido conocidos en el momento de dictarse la resolución sobre la suspensión.

#### 6) Mantenimiento de la suspensión

El artículo 14.2 i), al recoger las especialidades de la suspensión en el ámbito local, señala que cuando se interponga recurso contencioso-administrativo contra la resolución del recurso de reposición, la suspensión acordada en vía administrativa se mantendrá, siempre que exista garantía suficiente, hasta que el órgano judicial competente adopte la decisión que corresponda en relación con dicha suspensión.

#### 7) Resolución de la suspensión

La competencia para resolver la suspensión corresponde al órgano de la entidad local que dictó el acto, y la resolución desestimatoria de la misma solo será susceptible de impugnación en vía económico-administrativa.

### 3.3. Régimen especial de los municipios de las grandes ciudades: reclamación económico-administrativa, previo en su caso el recurso de reposición de carácter potestativo

Este régimen especial, propio de los municipios que se rigen por el Título X de la LBRL, viene establecido en el artículo 137 de la LBRL, que dispone:

“1. Existirá un órgano especializado en las siguientes funciones:

“a) El conocimiento y resolución de las reclamaciones sobre actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos e ingresos de derecho público, que sean de competencia municipal.

“b) El dictamen sobre los proyectos de ordenanzas fiscales.

“c) En el caso de ser requerido por los órganos municipales competentes en materia tributaria, la elaboración de estudios y propuestas en esta materia.

“2. La resolución que se dicte pone fin a la vía administrativa y contra ella solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo.

“3. No obstante, los interesados podrán, con carácter potestativo, presentar previamente contra los actos previstos en el apartado 1 a) el recurso de reposición regulado en el artículo 14 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales. Contra la resolución, en su caso, del citado recurso de reposición, podrá interponerse reclamación económico-administrativa ante el órgano previsto en el presente artículo.

“4. Estará constituido por un número impar de miembros, con un mínimo de tres, designados por el Pleno, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que legalmente lo integren, de entre personas de reconocida competencia técnica, y cesarán por alguna de las siguientes causas:

“a) A petición propia.

“b) Cuando lo acuerde el Pleno con la misma mayoría que para su nombramiento.

“c) Cuando sean condenados mediante sentencia firme por delito doloso.

“d) Cuando sean sancionados mediante resolución firme por la comisión de una falta disciplinaria muy grave o grave.

“Solamente el Pleno podrá acordar la incoación y la resolución del correspondiente expediente disciplinario, que se regirá, en todos sus aspectos, por la normativa aplicable en materia de régimen disciplinario a los funcionarios del Ayuntamiento.

“5. Su funcionamiento se basará en criterios de independencia técnica, celeridad y gratuidad. Su composición, competencias, organización y funcionamiento, así como el procedimiento de las reclamaciones se regulará por reglamento aprobado por el Pleno, de acuerdo en todo caso con lo establecido en la Ley general tributaria y en la normativa estatal reguladora de

las reclamaciones económico-administrativas, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias en consideración al ámbito de actuación y funcionamiento del órgano.

“6. La reclamación regulada en el presente artículo se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la ley prevé la reclamación económico-administrativa ante los tribunales económico-administrativos del Estado”.

La compatibilidad de este precepto con el contenido de la Disposición adicional cuarta 1. de la LGT (que solo remite a las “disposiciones reguladoras de las Haciendas locales”) se salva sin necesidad de argumentar que los preceptos de la LBRL que regulan aspectos relacionados con las Haciendas locales también son “disposiciones reguladoras de las Haciendas locales”, puesto que el último inciso de la letra ñ) del artículo 14.2 del TRLRHL recoge expresamente esta peculiaridad, al señalar lo siguiente:

“Contra la resolución del recurso de reposición no puede interponerse de nuevo este recurso, pudiendo los interesados interponer directamente recurso contencioso-administrativo, todo ello sin perjuicio de los supuestos en los que la ley prevé la interposición de reclamaciones económico-administrativas contra actos dictados en vía de gestión de los tributos locales”.

De la nueva reclamación económico-administrativa resultan las siguientes notas características:

1) Se trata de una verdadera reclamación económico-administrativa, y la resolución que se dicte pone fin a la vía administrativa, por lo que la reclamación ante el órgano previsto en tal precepto se convierte así en un presupuesto procesal del recurso contencioso-administrativo.

2) No se regula por los artículos 226 a 249 de la LGT, sino por un Reglamento aprobado por el Pleno, el cual deberá ajustarse a lo establecido en la LGT y en la normativa estatal reguladora de las reclamaciones económico-administrativas, con las adaptaciones necesarias al régimen organizativo del municipio. El citado Reglamento tendrá carácter de orgánico por disponerlo así el artículo 123 de la Ley, su aprobación requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, y dispondrá de un amplio margen para regular el funcionamiento del órgano del artículo 137 de la LBRL.

3) El recurso de reposición en esta clase de municipios tiene carácter potestativo, y el régimen de suspensión será el previsto en la LGT y en el RGRVA, y su regulación es la contenida en el artículo 224 de la LGT y artículo 25 del RGRVA.

4) El órgano encargado de su resolución no es el Tribunal Económico-Administrativo del Estado que podría

serlo por razón del territorio y de la cuantía, sino un órgano de la respectiva entidad local, que es la única competente para determinar su composición y para designar a sus componentes.

En este régimen especial se prevé la posibilidad de interponer recurso de reposición con carácter potestativo, al que se refiere el artículo 108 de la LBRL así como el párrafo tercero del artículo 137 del mismo texto legal.

La regulación del mismo será la prevista en los artículos 224 y siguientes de la LGT, si bien el régimen de la suspensión en el recurso de reposición potestativo es más severo y restrictivo incluso que el propio de las reclamaciones económico-administrativas, pues en aquel solo es posible la suspensión si se aporta alguna de las llamadas garantías típicas (depósito de dinero o valores, aval bancario o fianza personal), mientras que en las reclamaciones económico-administrativas y en el recurso de reposición preceptivo aplicable a las entidades locales que no tengan la consideración de gran población, al que, como hemos visto, le resulta aplicable el régimen de revisión de aquellas, cabe la suspensión con otras garantías e incluso sin garantía.

De esta forma, paradójicamente, se establece un régimen de suspensión más gravoso para la reposición potestativa que para las reclamaciones económico-administrativas, suponiendo incluso un retroceso frente al régimen anterior a la LGT, en que la suspensión era idéntica en todo caso. En definitiva, los reclamantes que no puedan disponer de alguna de estas garantías típicas quedarán forzados a prescindir del recurso de reposición, y habrán de acudir directamente a la reclamación económico-administrativa. Como se ha destacado doctrinalmente, solo la comodidad y el coste administrativo de gestión pueden explicar el que se prive a los contribuyentes de la posibilidad de aportar otras garantías en reposición, tratándose por tanto de otra previsión de la Ley que únicamente juega en favor de los intereses de la Administración y de ningún modo en permitir a los contribuyentes el ejercicio de sus derechos.

### **3.4. Especial referencia al Impuesto de Actividades Económicas y al Impuesto de Bienes Inmuebles**

Dentro de la regulación del recurso potestativo de reposición, dispone el importante artículo 224.1.III LGT que: “Si la impugnación afectase a un acto censal relativo a un tributo de gestión compartida, no se suspenderá en

ningún caso, por este hecho, el procedimiento de cobro de la liquidación que pueda practicarse. Ello sin perjuicio de que, si la resolución que se dicte en materia censal afectase al resultado de la liquidación abonada, se realice la correspondiente devolución de ingresos”.

Aquí se produce una excepción a la excepción de tal regulación: ni siquiera mediante la aportación de garantía típica se suspenderá el procedimiento de cobro de la liquidación derivada de un acto censal que se impugna en liquidación. Se trata de una materia muy polémica en la práctica, consecuencia de la llamada gestión compartida o bifronte de dos concretos impuestos locales: el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE). En ellos, como es sabido, la Administración tributaria del Estado mantiene las llamadas gestiones catastral y censal, mientras que las Administraciones locales ostentan la gestión liquidatoria, consecuencia de aquellas. Si se impugna el acto catastral (así, típicamente, la fijación del valor catastral) o censal (típicamente, la calificación de la actividad), se suscita el problema de si tal impugnación produce efectos suspensivos sobre la posibilidad de girar liquidaciones por los respectivos ayuntamientos.

La respuesta es negativa, tanto en la normativa previa a la LGT como en la contenida en este precepto. Pero ha de advertirse: primero, que llama la atención que esta cuestión se regule exclusivamente en el recurso de reposición cuando es común con las reclamaciones económico-administrativas; y segundo, que la norma establece que “por este hecho” (la impugnación) no se suspenderá el procedimiento de cobro de la liquidación que pueda practicarse. Ello quiere decir que, no obstante la presente norma, siempre cabrá interesar y acordar la suspensión, pero esta no se registrará por la normativa específicamente tributaria de suspensiones, sino por la general contenida en el artículo 111 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común.

Así se recoge explícitamente en el párrafo último del artículo 4.1 del Real decreto 243/1995, de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la gestión del Impuesto sobre Actividades Económicas, que señala que: “La interposición del recurso de reposición o reclamación económico-administrativa contra los actos citados no originará la suspensión de los actos liquidatorios subsiguientes, salvo que así lo acuerde expresamente el órgano administrativo o el Tribunal Económico-Administrativo competente, de conformidad con el artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”. Aunque en materia de IBI las normas legales al respecto parecen, literalmente entendidas, excluir en todo caso la suspensión en casos de impugnación de valores catastrales, tal entendimiento sería manifiestamente inconstitucional, pues la doctrina del Tribunal Constitucional incluye el derecho a la tutela cautelar dentro del derecho a la tutela judicial efectiva. Ha de entenderse, por tanto, que rige el mismo criterio que en materia de IAE: por el solo hecho de la impugnación del acto catastral no se suspende el procedimiento de cobro de la liquidación, ni rige tampoco el régimen específico de suspensión tributaria, pero sí el general del artículo 111 de la Ley 30/1992.

En la práctica, este sistema produce efectos no deseables, porque el sistema impugnatorio vigente determina que la impugnación de los actos catastrales o censales se demore mucho más tiempo que la impugnación de los actos liquidatorios. Ello obliga, si se quiere obtener la suspensión de las liquidaciones, a impugnar estas, en recursos condenados al fracaso, y finalmente ingresarlas hasta que se resuelva la impugnación de acto catastral o censal.

En ese momento, sin embargo, conforme al texto del artículo 224.1.III LGT, se producirá, en su caso, una trascendental consecuencia: si la resolución que se dicte en materia censal afectase al resultado de la liquidación abonada, ha de realizarse la correspondiente devolución de ingresos.

Las dificultades que suscita la aludida gestión compartida de IAE e IBI se trasladan incluso a la materia cautelar, tal como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia 6/2010, de 14 de enero de 2010 (Rollo de apelación 114/2009). Dicha sentencia se dicta en relación al auto del Juzgado que desestima la medida cautelar de suspensión, interesada por la entidad mercantil apelante, contra resolución del Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona denegatoria de la suspensión en vía administrativa de liquidación por IAE.

La Sala recoge el criterio expresado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Barcelona en la sentencia de 12 de marzo de 2007:

1.º) Es necesario inclinarse por la interpretación del referido artículo 224.1.III LGT, de que la impugnación exclusiva del acto censal no comporta por sí sola la suspensión de los subsiguientes actos de liquidación, sin perjuicio del régimen aplicable en el caso de que

se impugne la liquidación, pues en una interpretación literal lo que dice el precepto es que la impugnación de un acto censal no comporta la suspensión de los sucesivos actos de liquidación, que naturalmente son actos autónomos, jurídicamente independientes y sometidos a un estatuto propio; y

2.º) Sin embargo, lo anterior no excluye que la impugnación –simultánea o sucesiva– del acto de liquidación no se haya de regir por la regla general de suspensión automática, siendo la regla general, en definitiva, la suspensión automática, pues sería incongruente que cuando se impugna únicamente la liquidación la suspensión sea obligada, pero si además se impugna el acto censal la posición del recurrente empeore, siendo adecuada, por otra parte, al principio de interpretación restrictiva de las excepciones en aquello que sea dudoso, *semper in obscuris quod minimum est sequitur*.

Del mismo artículo 224.1.III LGT ha extraído la Sala de Cataluña otras consecuencias adicionales:

1.ª) Cuando se recurre en vía contenciosa una resolución del TEAR relativa a un acto censal, no cabe acordar la suspensión del acto censal con la sola alegación de los perjuicios que puedan causar las liquidaciones que lo aplican, cuyo régimen y sede para su suspensión son distintos. Solo si se apreciaran motivos bastantes, propios de las medidas cautelares, podrá acordarse la suspensión del acto confirmatorio del de gestión censal, para apartarse así de la regla general de la no suspensión de las liquidaciones subsistentes. En ninguno de los numerosos autos dictados se ha apreciado la concurrencia de elementos que permitiera pronunciarse, siquiera fuere indiciariamente, sobre la existencia o no de *fumus boni iuris*, sobre la irrogación de perjuicios de reparación difícil por la sola confirmación del acto censal, ni sobre la ponderación de intereses.

En relación a esta cuestión, merece destacarse la sentencia núm. 1073/2010, de 18 de noviembre, en la que se señala lo siguiente:

“Es criterio reiterado de la Sala que como consecuencia de la referida gestión compartida, el conocimiento de las impugnaciones de los actos censales es privativo de los órganos económico-administrativos del Estado, con recurso contencioso-administrativo ante esta Sala (o, en su caso, ante la Audiencia Nacional si el TEARC conoce en primera instancia y el TEAC resuelve la alzada), mientras que el conocimiento de las impugnaciones de las liquidaciones y de las sanciones corresponde, una vez agotada la vía administrativa mediante

el preceptivo recurso de reposición, a los juzgados de lo contencioso-administrativo.

“El régimen de suspensión es diferente en uno y otro caso, pues el general en materia tributaria solo regirá en las impugnaciones y recursos contra las liquidaciones.

“Este criterio de la Sala lo hemos reiterado en nuestras sentencias 790/2008, de 14 de julio de 2008; 1155/2008, de 20 de noviembre de 2008; 1182/2008, de 27 de noviembre de 2008; 424/2009, de marzo de 2009; y 1230/2009, de 3 de diciembre de 2009. En tales sentencias hemos insistido en proclamar que ‘cualquiera que fuere el valor de *lege ferenda* que tuvieren los alegatos de la parte apelante (que insiste en los costes de oportunidad y procesales que se derivan de la no suspensión de la ejecutividad de las liquidaciones giradas en aplicación de un acto censal impugnado en vía económico-administrativa), es lo cierto que hemos de estar al régimen legal vigente, en tanto el legislador no acierte a establecer una regulación más atinada y menos problemática de la cuestión.’

“También hemos reiterado que es incuestionable la falta de competencia material del TEARC para conocer de las reclamaciones económico-administrativas deducidas contra las liquidaciones y sanciones, al pertenecer ambas a la gestión tributaria exclusiva de los municipios (resultando irrelevante que la ejerzan directamente o en virtud de la delegación prevista en el artículo 7 del TRLHL, aquí de otra entidad local como es la Diputación ex artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local). Contra los actos propios de tal gestión tributaria (sean o no consecuencia de actos de gestión censal y estén o no acumulados en unas mismas actuaciones inspectoras, que en materia censal se ejercen por delegación del Estado) no cabe acudir ante el órgano económico-administrativo estatal, sino que ha de interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente, de forma que, en todo caso, esta Sala es incompetente para conocer en primera instancia de las impugnaciones de tales liquidaciones y sanciones.

“IV.- En el presente caso, el examen de las actuaciones evidencia que el recurso de reposición se interpuso contra la inclusión en la matrícula del IAE, ‘así como contra las liquidaciones del mismo impuesto y ejercicio practicadas como consecuencia de la primera’, conteniendo dicha

reposición, única y exclusivamente, alegaciones sobre los aspectos censales, sin contener absolutamente ninguna sobre los aspectos liquidatorios competencia de las entidades locales. La solicitud de la reposición interesa la anulación de la inclusión en la matrícula del IAE, 'y, en consecuencia, anule toda liquidación derivada de dicha inclusión', y anule la inclusión en el epígrafe, declarando, en todo caso, la aplicación de los coeficientes por superficie.

"De esta forma, la anulación que se pide de la liquidación se hace como simple consecuencia de la anulación de los actos censales, únicos a los que se refieren las alegaciones de la reposición. Se trata de una impugnación del todo genérica, referida a las liquidaciones practicadas como consecuencia de la inclusión de la matrícula, o a 'toda liquidación derivada de derivada de dicha inclusión'; y, en rigor, innecesaria o a manera de cláusula de estilo, porque la anulación del acto censal conlleva sin más, se hubiera pedido o no, la anulación de las liquidaciones derivadas del mismo.

"No puede entenderse, por tanto, que en la reposición haya propiamente impugnación de unas concretas liquidaciones giradas por la entidad local y, desde luego, ninguna alegación se hace relativa a la gestión tributaria o liquidadora de tal entidad local.

"La declaración de inadmisibilidad del auto apelado ha de considerarse por ello ajustada a derecho, pues al haberse impugnado en la reposición únicamente el acto censal, no se ha agotado la vía económico-administrativa previa, sin que quepa impugnar separadamente las liquidaciones consideradas genéricamente como consecuencia o derivación del acto censal, cuando no se produjo una impugnación en la reposición concreta y específica de tales liquidaciones.

"Ha de añadirse, a mayor abundamiento, que la demanda articulada en la instancia no contiene tampoco alegación alguna relativa a la gestión tributaria o liquidatoria privativa de los entes locales, por lo que tal demanda estaba condenada irremediablemente a su desestimación en todo caso, según una reiteradísima doctrina de esta Sala, de forma que pudiera haber sido posible la inadmisión del recurso ex artículo 51.2 LJCA, por haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme (*cf.*, entre las más recientes, nuestras sentencias 591/2006, 632/2006, 768/2006, 781/2006, 1025/2007, 790/2008, 1155/2008,

1182/2008, 424/2009, 1230/2009 y 727/2010). En tales sentencias se desestiman sistemática y unánimemente las pretensiones que instan la anulación de las liquidaciones como simple consecuencia o derivación de tener impugnados los actos censales o que únicamente se basan en cuestiones censales.

"Resulta cierto, por fin, y como ha quedado apuntado, que podrían resultar preferibles de *lege ferenda* otras soluciones legales menos problemáticas, en particular en materia de suspensión, pero por el momento hay que estar al régimen legal vigente".

2.<sup>a</sup>) La misma solución desestimatoria de la suspensión se ha adoptado cuando la resolución del TEAR es anulatoria del acto censal y quien recurre en el proceso jurisdiccional es el Ayuntamiento o ente local afectado. Circunstancia examinada por la Sala en el recurso 474/2009.

### 3.5. Suspensión parcial

Conforme disponen los artículos 224.4 de la LGT (para la reposición) y 233.6 (para la reclamación económico-administrativa), si la impugnación no afecta a la totalidad de la deuda tributaria, la suspensión se referirá a la parte recurrida, quedando obligado el recurrente a ingresar la cantidad restante. Se trata de una regla de elemental lógica, pero que viene desconociéndose con frecuencia en la práctica, por las dificultades de concretar lo que tales preceptos llaman la "cantidad restante".

Con este desconocimiento se produce un efecto del todo indeseable en la práctica: solo se impugna un aspecto parcial de una liquidación (por ejemplo, el derivado de un incremento del valor catastral en el IBI), pero la suspensión se acuerda y se avala respecto de su importe total, lo que es lesivo tanto para el contribuyente, que ha de avalar la totalidad, como para la Administración, que no ingresa nada.

La Sala de Cataluña viene advirtiendo de esta anomalía, por ejemplo en la sentencia 490/2010, de 13 de mayo de 2010, en la que se dice que como nada se alega por la Administración demandada al respecto, la suspensión ha de afectar a la totalidad de la liquidación impugnada, sin que quepa aplicar, por ello, "el esencial principio (actualmente reflejado para las vías administrativa y económico-administrativa previas en los artículos 224.4 y 233.6 LGT 58/2003) de que la suspensión solo puede referirse a la parte de

la deuda tributaria controvertida, sin extenderse nunca a la parte no litigiosa, que habrá de ingresarse en todo caso. Las eventuales dificultades prácticas que pueden derivarse de este principio en modo alguno deben propiciar una suspensión total de una deuda tributaria cuando solo es impugnada o controvertida la misma en parte, por más que no siempre se respete tal principio y tengan lugar suspensiones indiscriminadas de la integridad de deudas tributarias solo impugnadas parcialmente. En suma, nunca cabrá extender la suspensión a aquel importe que en la hipótesis de estimación completa del recurso igualmente habría de ingresarse por el recurrente. Ello no impide que, en su caso, se pueda aplicar el principio *rebus sic stantibus* plasmado en el artículo 132.1 LJCA, de forma que si cambian las circunstancias y resulta del proceso que solo se impugna una parte de la liquidación por IBI, la suspensión (y la garantía) hayan de ceñirse a tal parte, con ingreso del resto, pues tal circunstancia de constatación de una impugnación parcial ha de encuadrarse entre las previstas en dicho artículo 132.1 y no en los avances o criterios a que se refiere el artículo 132.2 de la misma LJCA”.

Resulta de especial interés en esta cuestión la STS de 28 de enero de 1999, que ratificó un antiguo criterio de la Sala de Cataluña sobre la procedencia de la suspensión parcial de las liquidaciones tributarias, cuando las impugnadas sean susceptibles de ser contempladas en aspectos diferenciados y los presupuestos de la suspensión concurren en uno de ellos y no en los demás. Según el Tribunal Supremo, ha de entenderse viable la suspensión parcial cuando el elemento de la liquidación en discusión sea individualizable, cubriendo la garantía a aportar en este caso el importe de la liquidación derivado del elemento tributario objeto del recurso, y no pudiendo afectar la suspensión a los demás elementos no discutidos. Según se concluye, cuando la reclamación o recurso de reposición en vía administrativa no afecta a la totalidad de la cifra liquidada, la suspensión solo debe referirse a la diferencia que sea objeto de impugnación, e igual conclusión debe mantenerse en la vía jurisdiccional, siempre, claro está, que se conozca la cuantía de tal diferencia, bien entendido que corresponde a la Administración o al Ayuntamiento interesado si desea oponerse a la suspensión total del débito, pero no a la parcial, determinar la cuantía concreta de la parte del débito tributario que se impugna, mediante una liquidación practicada a estos solos efectos.

#### 4. El régimen de la suspensión en materia sancionadora

El artículo 138 de la Ley 30/1992 establece que la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa, o lo que es lo mismo y pacífico para la doctrina, no es posible instar su ejecución hasta que sea firme en vía administrativa, por tanto no es necesario garantizar la misma debido al principio constitucional de presunción de inocencia.

Dicho principio general del procedimiento administrativo común encontraba oposición por el régimen especial contenido en la materia tributaria, que exigía aval o garantía para suspender la ejecución de las sanciones tributarias como si de la ejecución de cualquier tributo o ingreso de derecho público no tributario se tratase, cuando existe una sustancial diferencia entre la ejecución de un ingreso público y la ejecución de una sanción.

Ello generó la necesidad de que en el ámbito sancionador tributario se siguieran unas pautas comunes del régimen sancionador general, hasta que por el artículo 35 de la Ley 1/1998, de derechos y garantías de los contribuyentes, se estableciera un régimen sustancialmente igual que para el resto de sanciones: no era posible instar la ejecución de las sanciones tributarias hasta que las sanciones fueran firmes en vía administrativa.

Pero ello dio lugar a otra problemática (ahora ya resuelta por la LGT de 2003): hasta qué momento se entendía que se producía la firmeza en vía administrativa; algo que se puede predicar, no solo de las sanciones tributarias, sino de cualquier sanción que imponga la Administración. En ese sentido, el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias sobre la interpretación de este aspecto, tales como las sentencias de 5 de octubre de 2004, 5 de febrero de 2004, 29 de enero de 2003, 3 de diciembre de 2002, 8 de abril de 2003 y 18 de septiembre de 2001.

En dichas sentencias se establece que la firmeza en vía administrativa no se adquiere en tanto no se haya incoado el oportuno recurso contencioso-administrativo y no se dicte la pertinente resolución jurisdiccional, no siendo posible hasta ese momento ejecutar la sanción tributaria, que queda suspendida sin aportar garantía alguna. En este sentido, los artículos 212.3, 224.1 y 233.8 de la LGT establecen la suspensión automática de la ejecución de las sanciones hasta que sean firmes en vía administrativa, y, en el caso de la

interposición de la reclamación económico-administrativa a que se refiere el precitado artículo 233, se mantiene la suspensión en vía administrativa hasta que se interponga el recurso contencioso-administrativo y se resuelva sobre la suspensión en vía jurisdiccional, siempre y cuando se comunique a la Administración tributaria que se ha interpuesto dicho recurso y se ha solicitado la suspensión (STS de 7 de marzo de 2005).

En relación a los intereses de demora por el tiempo que dure la paralización del expediente sancionador, el artículo 212.3 b) de la LGT deja zanjada la cuestión en beneficio de la tutela judicial efectiva de los administrados, al afirmar que: “No se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa”.

En la esfera local, el artículo 14.2 i) señala que los actos de imposición de sanciones tributarias quedarán automáticamente suspendidos conforme a lo previsto en la Ley general tributaria.

## 5. Silencio administrativo positivo en las solicitudes de suspensión

Tratándose de suspensión automática por aportación de garantía, el silencio ha de entenderse en sentido positivo, no siendo necesaria resolución expresa. La propia solicitud de suspensión determinará la suspensión desde la fecha de la presentación.

Respecto a la suspensión automática de la ejecutividad de la sanción tributaria, no procede plantearse la calificación del silencio, no siendo necesaria una declaración o resolución expresa.

Más problemas se plantean en los casos de suspensión no automática, en los que debe decidir el órgano competente. En estos casos, salvo que exista un acuerdo motivado y notificado al interesado antes de los treinta días hábiles desde la presentación de la solicitud, esta se entenderá admitida y concedida; se trataría de un supuesto de suspensión *ope legis*, que se otorga de forma automática por el mero transcurso del plazo sin resolución expresa del órgano competente para decidir sobre la misma. Solución esta que se encuentra en la previsión contenida en el artículo 111.3 de la Ley 30/1992, al disponer que: “La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión

haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, este no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo, de esta Ley”.

## 6. Criterios del Tribunal Superior de Justicia en relación a las medidas cautelares tributarias en el proceso contencioso-administrativo

Para la suspensión tanto de las liquidaciones como de las sanciones tributarias, durante la tramitación del proceso jurisdiccional será imprescindible la solicitud del interesado (artículo 129.1 LJCA). Y la concesión o no de la suspensión no quedará vinculada de forma inexcusable por lo acordado en las vías administrativas previas, siendo del todo erróneas las pretensiones cautelares que así lo sostienen, con la simple cita del artículo 233.8 LGT, el cual se ciñe al mantenimiento de la suspensión hasta la adopción de la correspondiente decisión jurisdiccional, para la cual ha de estarse a lo previsto en la LJCA, y sin que exista ninguna prolongación ni automatismo respecto de lo acordado en vía económico-administrativa, de manera reiterada así se viene declarando en numerosas piezas separadas de medidas cautelares, no solo en relación a las liquidaciones sino también en relación a las sanciones, ante peticiones basadas exclusivamente en la cita del artículo 233.8 de la LGT.

En el aspecto formal, las medidas cautelares jurisdiccionales han de solicitarse con el cumplimiento de los requisitos legales contenidos en el artículo 732.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, esto es, que la solicitud de medidas cautelares se formule con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos para su adopción. Por tanto, cuando no se ofrecen en la pretensión cautelar elementos válidos de ninguna clase para poder enjuiciar la medida cautelar promovida, como la Sala no puede suplir una omisión de tal género, tal medida ha de ser rechazada. La misma conclusión es obligada cuando la solicitud supone una disertación teórica sobre las medidas cautelares del todo genérica, sin la más mínima alusión o análisis del caso concreto. Sin embargo, pese a la preclusión que para la prueba se establece en el citado precepto de la Ley procesal civil, el TSJ de Cataluña viene estimando los recursos de súplica en que se subsanan las iniciales peticiones

erróneas o meramente genéricas, de la misma manera que el Tribunal Constitucional lo ha entendido para las solicitudes de recibimiento a prueba (SSTC 94/1992, de 11 de junio; 311/1993, de 25 de octubre, y 140/2000, de 29 mayo).

#### Doctrina jurisprudencial:

Especialmente relevantes en la materia han resultado dos sentencias del Tribunal Supremo, ambas de 6 de junio de 2008 (recursos de casación núm. 982/2007 y 1999/2007). Ha de advertirse que en los casos allí enjuiciados los intereses en conflicto se suscitan entre una corporación local y la Comunidad Autónoma correspondiente, en supuestos en que el Ayuntamiento debía satisfacer una tasa tras no haber asumido directamente la prestación del servicio de prevención de incendios a que venía obligado. La advertencia es del todo necesaria, por cuanto las corporaciones locales están exentas de la obligación de prestar cauciones y garantías (artículo 173.2 del texto refundido de la Ley de Haciendas locales).

En todo caso, el examen de tales sentencias no puede suponer, como se ha sostenido en no pocos casos, que se haya alterado el régimen general de suspensión de liquidaciones tributarias en sede procesal.

Es cierto que tales sentencias comienzan por destacar que “debe tenerse en cuenta que estamos ante una pretensión de suspensión de actos que han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que el marco normativo a tener en cuenta viene determinado por la regulación que se contiene en los artículos 129 y siguientes de la Ley jurisdiccional, y no por el régimen establecido para la vía administrativa que parte de la suspensión automática mediante presentación de garantía”. La constatación es obvia e incontestable.

En tal contexto ha de situarse la afirmación relativa a la admisión anterior de trasladar el régimen de la suspensión administrativa a la jurisdiccional, estableciendo la procedencia de la suspensión del acto de gestión o ejecución tributaria recurrido en el caso concreto de que el recurrente, habiendo obtenido la suspensión en la vía administrativa y alegando que se le producirían perjuicios de la ejecución durante la vía jurisdiccional, garantice el pago de la deuda tributaria ante la valoración que hacía el legislador tributario de la relación entre los intereses enfrentados. Y también la afirmación de que la nueva LJCA no ofrece ninguna referencia singularizada para la materia tributaria, en relación

con la sentencia del Pleno de 7 de marzo de 2005, la cual, efectivamente, respecto de los actos sancionadores tributarios, mantiene que no hay prolongación de la suspensión de la ejecución de la sanción tributaria sin necesidad de garantía, sino hasta que el órgano judicial adopte, en el ejercicio de su propia potestad cautelar, la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada. La conclusión de todo ello ha de compartirse en su totalidad: “Obviamente, si ello es así tratándose de sanciones, se impone idéntica solución, en cuanto a las liquidaciones tributarias, por lo que no basta con alegar y asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria, debiendo estarse a los criterios que señala el artículo 130 de la Ley de la jurisdicción”.

A partir de ahí, las sentencias resuelven el caso concreto: “se solicitó la suspensión de la liquidación controvertida sin tan siquiera alegar que la ejecución podía hacer perder su finalidad legítima al recurso. Aludió la parte a la suspensión automática e incluso sin garantía por tratarse de un Ayuntamiento”. Y tal pretensión es justamente rechazada: “lo que no era suficiente en la vía judicial, ya que el presupuesto esencial de la suspensión cautelar está constituido por el *periculum in mora*, identificado con la necesidad de evitar que la dilación del proceso haga imposible o muy difícil la eficacia del eventual resultado procesal. Debe recordarse que la Ley actual, en su artículo 130.1, establece 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”. Además, “ante los intereses en conflicto, debe prevalecer el autonómico sobre el municipal, porque estamos ante una tasa que debe satisfacer un Ayuntamiento que no ha asumido directamente la prestación del servicio de prevención de incendios, a que venía obligado, por lo que la suspensión produciría evidentes perjuicios para la Comunidad Autónoma, al tener que asumir el coste del servicio en tanto se sustancia el proceso, debiendo significarse que la propia Sala alude a sentencias desestimatorias de las pretensiones formuladas por otros ayuntamientos, que, aunque no firmes, refuerzan, en principio, su posición”.

Esta doctrina jurisprudencial es contundente al excluir cualquier prolongación automática de la suspensión acordada en la vía administrativa previa, en virtud del principio de plenitud de la jurisdicción, ligado al de tutela judicial efectiva. Obliga, además, a afinar en la forma de formular las pretensiones cautelares jurisdiccionales.

A partir de ahí, los criterios clave que han de prevalecer, según viene haciendo de forma cotidiana el TSJ de Cataluña, tanto en las piezas de suspensión como en los recursos de apelación contra autos de los juzgados, han de ser:

1.º) La garantía de la efectividad de la sentencia, o finalidad legítima del recurso, previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, conforme a las previsiones del artículo 130 LJCA y demás preceptos concordantes, sin perjuicio de otros criterios complementarios, como son la apariencia de buen derecho o la singularidad del caso concreto debatido, y

2.º) En orden al juicio de ponderación de los intereses particulares y generales, nada obsta a que el órgano judicial pueda tomar en consideración el juicio o valoración de que se haya partido en la vía administrativa o económico-administrativa, en concordancia con las restantes circunstancias concurrentes, sin que ello suponga en modo alguno un automatismo o vinculación directa en este ámbito jurisdiccional de tal decisión, por cuanto, como sostiene la STS de 12 de junio de 2000, “no cabe duda alguna que si la Administración en vía de gestión o en vía económico-administrativa ha adoptado la suspensión por haber quedado suficientemente garantizada la deuda tributaria en virtud de los preceptos acabados de citar, el mantenimiento de los mismos criterios para conservarla en la vía jurisdiccional, si la garantía apareciera extendida a esta última, será de total lógica y coherencia”.

Por ello, según el TSJ de Cataluña, la suspensión condicionada a la prestación de las correspondientes garantías, en la forma prevista en el artículo 133 LJCA, que podrá consistir en la extensión de efectos a la vía contencioso-administrativa del aval prestado ya en vía administrativa, seguirá siendo la regla general por cuanto así ha quedado objetivada, como principio general, la ponderación de los intereses en conflicto que ordena el artículo 130.1 de la misma LJCA en la propia normativa tributaria, y solo cuando existan razones bastantes para ello, cabrá apartarse de tal objetivación.

Como consecuencia de ello, el criterio general del TSJ de Cataluña, en defecto de tales razones, es la suspensión con extensión de los efectos del aval prestado en vía administrativa o económico-administrativa. La propia Abogacía del Estado admite tal conclusión cuando el aval es correcto (en particular, porque extiende sus efectos a la vía contencioso-administrativa).

Ello no quiere decir, en ningún caso, que quepa admitir automatismo alguno en la prolongación en vía

jurisdiccional de la suspensión con garantía acordada en vía administrativa ni tampoco la existencia de un pretendido derecho incondicionado a la suspensión jurisdiccional por la prestación de garantía. En particular, la cuestión se ha planteado en pleitos en que se ha invocado una afectación relevante por la suspensión en las finanzas municipales. Se han rechazado alegaciones genéricas al respecto, en especial las relativas a la patente falta de liquidez en la actualidad de las Administraciones Públicas a causa del notable descenso de los ingresos, hecho que se califica de notorio y evidente, debiendo entenderse infundado tal alegato para denegar la suspensión condicionada a la prestación de garantías, por cuanto no resulta menos notorio y evidente que las consecuencias de la actual situación económica afectan por igual, en general, a las Administraciones y a los contribuyentes, añadiendo que tal situación económica a lo que obliga, precisamente, es al mantenimiento de los criterios constantes en esta materia y no a su alteración sin ningún apoyo legal ni lógico. A la inversa, si quedara acreditada una afectación relevante a las finanzas municipales y una perturbación grave a los intereses generales habría de denegar la suspensión; así, en esta materia merecen destacar las sentencias dictadas por la sección 1ª de la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictadas en apelación contra autos desestimatorios de medidas cautelares como las sentencias núm. 819/2010, 966/2010 y 1042/2010.

Por el contrario, habrá de acordarse la suspensión de liquidaciones tributarias, sin necesidad de garantía, en casos excepcionales, en atención a las circunstancias particulares de los mismos.

## 7. Breves consideraciones finales

1) Nunca es obligado pedir la suspensión, sino que, cuando las circunstancias de tesorería y liquidez lo permitan, lo aconsejable sería efectuar el ingreso.

2) Imposibilidad de ejecutar el acto administrativo hasta que no exista un pronunciamiento expreso sobre la medida cautelar solicitada.

3) Prohibición de conversión del trámite de admisión de la suspensión en un antejuicio sobre el fondo de la medida cautelar.

4) Sería deseable una pronta resolución por parte de las corporaciones locales de las solicitudes de

suspensión de los actos tributarios efectuadas por los administrados.

5) Silencio positivo en el supuesto de suspensiones no automáticas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.3 de la Ley 30/1992, según el cual: “La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, este no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo, de esta Ley”.

6) Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, siendo necesario e inexcusable el fundamento adicional en orden a la concesión o no de la suspensión.

## 8. Bibliografía

ARNAL SURIA, Salvador y GONZÁLEZ PUEYO, Jesús M.<sup>a</sup>: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 2005.

CASCAJERO SÁNCHEZ, M.<sup>a</sup> Ángeles: “La suspensión de las sanciones tributarias y la exigencia de intereses suspensivos”, *Tributos Locales*, núm. 20, julio 2002.

CHICO DE LA CÁMARA, Pablo: “La suspensión de la ejecución de las deudas tributarias en el ámbito de las Haciendas locales”, *Tributos Locales*, núm. 47, enero 2005.

CHICO DE LA CÁMARA, Pablo: “Hacia una interpretación más garantista en la interpretación de la normativa tributaria en materia de suspensión”, *Tributos Locales*, núm. 65, septiembre 2006.

FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael: “Suspensión de los actos tributarios”, *Estudios de Derecho Judicial*, 156, 2009 (Consejo General del Poder Judicial).

LUQUE MATEO, Miguel Ángel: “Cuestiones relativas a la suspensión de la ejecutividad de los actos tributarios locales”, *Impuestos*, 2004; (1). ■

---

# La autonomía provincial<sup>1</sup>

Manuel Medina Guerrero

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla

## 1. La garantía constitucional de la autonomía provincial

1.1. La técnica de la "garantía institucional"

1.2. Otras específicas garantías constitucionales de la autonomía local

## 2. La protección de la autonomía provincial a nivel estatutario

2.1. Las nuevas garantías estatutarias de la autonomía que se proyectan por igual a municipios y provincias

2.1.1. El especial rango de la Ley reguladora de los Gobiernos locales. 2.1.2. La participación de los entes locales en la toma de decisiones de la Comunidad Autónoma. 2.1.3. El principio de subsidiariedad. 2.1.4. Garantías financieras comunes a municipios y provincias

2.2. El reconocimiento de la posición central de los municipios en los nuevos estatutos

2.3. La autonomía provincial en los nuevos estatutos: Un balance

## 3. La Carta Europea de Autonomía Local

## 4. Conclusiones

### Resumen

El objetivo principal de este estudio es determinar el alcance de la autonomía provincial, y, en particular, clarificar sus diferencias cualitativas con la autonomía municipal. Para alcanzar este objetivo, el trabajo analiza primero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la autonomía local, y posteriormente examina los nuevos estatutos de autonomía, para averiguar si en ellos se incluyen garantías adicionales para la defensa de la autonomía provincial.

Palabras clave: *autonomía provincial; estatutos de autonomía; autonomía local; jurisprudencia constitucional.*

### Abstract

*The main purpose of this study is to determine the scope of provincial autonomy, and in particular, to clarify whether there is any qualitative difference with municipal autonomy. To achieve this end, the paper analyzes first the Constitutional Court's case law on local autonomy, and then examines the new statutes of autonomy to find out if they include additional guarantees in defence of provincial autonomy.*

*Key words: provincial autonomy; statutes of autonomy; local autonomy; Constitutional Court's case law.*

---

1. El presente trabajo se enmarca parcialmente en el proyecto de investigación: "La organización territorial de Andalucía en el nuevo Estatuto de Autonomía". Este proyecto, con número de referencia PRY062/09, ha sido financiado por la Fundación Centro de Estudios Andaluces en la 5.ª edición de la Convocatoria de Ayudas a Proyectos de Investigación.

## 1. La garantía constitucional de la autonomía provincial

Basta una somera lectura de la Constitución para apreciar que entre la regulación del municipio y la de la provincia existen diferencias palpables: De una parte, el artículo 141, en contraste con el artículo 140, no reafirma expresamente la autonomía de la provincia, ni perfila con tanto detalle los rasgos de sus órganos de gobierno; y, de otro lado, aparece definida como una entidad local “determinada por la agrupación de municipios”. Definición de la provincia como agrupación de municipios con la que el constituyente habría venido “ya a apuntar, incluso desde un punto de vista conceptual, su carácter subordinado al municipio”,<sup>2</sup> o la preferencia por configurar la provincia como Administración de Administraciones antes que como ente territorial cuyo sustrato sea una colectividad de personas.<sup>3</sup> En fin, según un sector de la doctrina, estas diferencias prestarían apoyos a una lectura de la autonomía provincial constitucionalmente protegida menos amplia que la municipal.<sup>4</sup>

Y, sin embargo, en vano pretenderá hallarse, en las numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional recaídas en la materia, una sola declaración con pretensión de crear doctrina que establezca una expresa separación o distinción cualitativa entre autonomía municipal y provincial. En efecto, la jurisprudencia constitucional se ha articulado y construido enteramente sobre la protección de la autonomía local en su conjunto a partir del artículo 137 CE;<sup>5</sup> de tal suerte que, cuando han de abordarse las específicas controversias, ya afecten a los municipios o a las provincias, las referencias doctrinales se vierten genéricamente sobre la autonomía local. Por tanto, sea cual fuere la posición que se defienda al respecto en la literatura científica, a nivel jurisprudencial no se ha desa-

rollado ninguna distinción cualitativa o de otro tipo entre la autonomía local cuando se proyecta a municipios o a provincias. De hecho, la única y máxima referencia a un posible calado diverso entre ambas autonomías se contiene en la STC 109/1998, en donde, como mero *obiter dictum*, sin concreción ninguna, se afirmó: “... en la provincia... cuya autonomía –de rasgos y perfiles específicos respecto de la autonomía municipal– es la concernida en este proceso constitucional, cabe considerar como núcleo de su actividad el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial...” (FJ 2). A lo sumo, pues, de la configuración de la provincia como agrupación de municipios cabría derivar una acotación de su esfera de actuación al ámbito de las competencias funcionales, pero sin que pudiera extraerse de aquí ninguna diferencia cualitativa en cuanto a la naturaleza de su autonomía.<sup>6</sup>

No ha de extrañar, sin embargo, este tratamiento homogéneo, puesto que tanto la consagración de la autonomía provincial de forma conjunta con la municipal y con la de las propias comunidades autónomas en el artículo 137 CE, como la renuencia a establecer o contemplar diversas categorías de autonomía en la Carta Europea de Autonomía Local –de cuya virtualidad hermenéutica ya nos ocuparemos líneas abajo–, no favorecen ciertamente el reconocimiento de especificidades en este ámbito. En definitiva: “La distinción entre autonomía municipal y provincial tiene dificultades”.<sup>7</sup>

### 1.1. La técnica de la “garantía institucional”

Tras treinta años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, es evidente que el marco de lo constitucionalmente posible está ya mínimamente perfilado en lo que a las entidades locales concierne. La más relevante

2. Alfredo GALÁN GALÁN, “La organización intermunicipal en los estatutos de autonomía. Comunidades autónomas y Gobiernos locales”, en ZAFRA VÍCTOR, Manuel (dir.): *Relaciones institucionales entre comunidades autónomas y Gobiernos locales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, p. 81.

3. Manuel REBOLLO PUIG, “Comentario al artículo 141”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia/RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 2132.

4. Y ello pese a que el Tribunal Constitucional haya minimizado la relevancia de su conceptualización como agrupación de municipios: “[...] expresión esta última en manera alguna original por cuanto fue ya utilizada en el Estatuto provincial y en las leyes de régimen local de 1955, orgánica del Estado de 1967 y de bases de régimen local de 1975, y que incluso puede entenderse como simple alusión a una base física, geográfica o territorial, expresión sustitutoria o equivalente a una descripción jurídica, sin más alcance que el anotado” (STC 38/1983, FJ 6.º).

5. FRANCISCO VELASCO CABALLERO, “La autonomía municipal”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia/RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel (dir.): *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 2104.

6. En esta línea, José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ: “Informe. Aproximación a la concepción de la provincia en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 77, 2010, p. 447 y 448.

7. M. REBOLLO PUIG, *op. cit.*, p. 2135.

aportación doctrinal asumida por la jurisprudencia ha sido la de la “garantía institucional” de la autonomía local, que puede considerarse la técnica primordialmente utilizada para delimitar la autonomía constitucionalmente protegida, tanto de los municipios como de las provincias.<sup>8</sup> Y, de hecho, la doctrina comenzó precisamente a forjarse y perfilarse frente a intervenciones lesivas de la autonomía provincial. Según la formulación que ya se adoptaría en la STC 32/1981, al legislador “no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial que la Constitución garantiza”; y, en consecuencia, “la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (FJ 3.º).

Se trata de una técnica de protección que, aun siendo claramente insuficiente, sí ha sido de alguna utilidad para preservar la posición del nivel local de gobierno. Su principal debilidad radica en que, al centrar su protección en el reducto indisponible o núcleo esencial de la institución, no asegura un concreto ámbito material de competencias a favor de las entidades locales, limitándose a lo sumo la jurisprudencia constitucional a exigir que, de conformidad con la garantía institucional, estas han de contar con un “mínimo” de competencias propias, sin mayor concreción (por todas, STC 109/1998, FJ 2.º). Esta técnica, pues, apenas resulta operativa para controlar el momento de la asignación de la titularidad de las competencias, al conferir al legislador “delimitador” de las correspondientes parcelas competenciales un amplísimo margen de maniobra –legislador que, en el inicial marco estatutario, era en primera instancia el estatal, en virtud de la remisión que se hacía al título competencial del Estado ex artículo 149.1.18 CE–. En este contexto, se hacía evidente la conveniencia de que fuesen los propios estatutos de autonomía los que se encargasen de acotar, siquiera sucintamente, el ámbito material de competencias locales, si se pretendía evitar

que este quedase en buena medida al albur de las decisiones del legislador.

En realidad, pues, la eficacia protectora de la técnica de la “garantía institucional” no se despliega tanto en la fase de distribución de la titularidad de las competencias, como en el momento del ejercicio de las mismas. Su máxima virtualidad reside, en efecto, en que proporciona alguna defensa frente a las intervenciones o injerencias en la esfera local que el Estado o las comunidades autónomas pretendan llevar a cabo escudándose, *prima facie*, en alguno de sus títulos competenciales. Pero ni siquiera en esta vertiente la doctrina de la “garantía institucional” ha escapado a las críticas, pues se le reprocha su insuficiencia para preservar adecuadamente la autonomía local.<sup>9</sup> Se considera, bajo este prisma, que presta un escaso nivel de protección real a municipios y provincias frente a las intromisiones procedentes de otros niveles de gobierno, señaladamente frente a la sucesión de ligeros socavamientos o erosiones a dicha autonomía, por parte del legislador, que, si bien aisladamente considerados no son suficientes para entender vulnerada la misma, sí pueden entrañar en su conjunto un desdibujamiento de la imagen de la institución.<sup>10</sup> Y lo cierto es que la “garantía institucional” adolece de cierta deficiencia en su función protectora que es imputable a la técnica en sí, pero que se agudiza en el caso español en comparación con Alemania, su lugar de procedencia. En este país, a la hora de examinar si una Ley respeta o no la garantía institucional de la autonomía local, se emplean dos métodos. De una parte, se utiliza lo que se ha dado en denominar el “método de la sustracción”, en virtud del cual se contrasta la situación de la autonomía local existente antes y después de la intervención normativa cuya constitucionalidad se enjuicia; y si se llega a la apreciación de que, tras la intromisión, no queda ningún poder decisorio del ente local en el ámbito afectado, ha de concluirse afirmando la quiebra de la garantía institucional.<sup>11</sup>

8. Hasta el punto de incorporarse expresamente en algunos de los nuevos estatutos como la garantía constitucional por antonomasia (artículos 151 EAC y 89.2 EAAAnd).

9. En este sentido, Javier GARCÍA ROCA, “La división territorial del poder del Estado y la garantía constitucional de la autonomía local”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia/RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel (dir.): *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 2080.

10. Mayte SALVADOR CRESPO: *La autonomía provincial en el sistema constitucional español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2007, p. 74.

11. Aunque en alguna ocasión se ha hecho eco el Tribunal Constitucional de esta aproximación (*BVerfGE* 7, 358), lo cierto es que la misma es seguida primordialmente por la jurisdicción ordinaria. Así, por ejemplo, *BVerwGE* 6, 19 (25); 6, 342 (345) (véase Klaus STERN: *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, CEC, Madrid, 1987, p. 719).

Y, de otro lado, y utilizado más frecuentemente por el Tribunal Constitucional federal,<sup>12</sup> se emplea el “método histórico”, en el que se toma en consideración si la concreta posición de la autonomía local cuestionada ha sido reconocida ya con anterioridad en la experiencia histórica alemana. Como a nadie se le oculta, este método proporciona mayor seguridad y certidumbre al órgano jurisdiccional encargado de elucidar la controversia, al contar con un asidero firme para, en su caso, llegar a declarar la inconstitucionalidad de la Ley impugnada.<sup>13</sup>

Obviamente, a la vista de la prácticamente nula experiencia práctica de autonomía local en nuestra historia constitucional, al “método de la sustracción” ha debido ceñirse la jurisprudencia constitucional, con la consiguiente lasitud de la intensidad revisora que este método entraña. Con toda claridad se utilizó este método en la STC 109/1998, en cuyo fundamento jurídico puede leerse:

“[...] no toda incidencia en la esfera competencial de la entidad local debe reputarse lesiva de la mencionada garantía institucional, toda vez que ésta no se concibe como una garantía absoluta que impida toda suerte de afectación de la esfera de competencias legalmente asignadas, sino únicamente aquellas que menoscaben o vulneren el núcleo esencial e indisponible de la autonomía provincial, sin la cual ésta no presentaría los caracteres que la hacen reconocible como institución.

“Solamente, por tanto, en aquellos casos en que, tras la injerencia, no subsista una verdadera capacidad decisoria propia del ente local, podrá afirmarse que se ha infringido la garantía institucional, dado que la autonomía provincial se habrá visto privada ‘prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre’, burlándose de tal modo la interdicción consistente en la ruptura clara y neta con la ‘imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace’ (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º y STC 38/1983, fundamento jurídico 6.º)”.<sup>14</sup>

No obstante, sea cual fuere su virtualidad protectora, lo que conviene destacar es que el Tribunal Constitucional ha extendido la garantía institucional tanto al plano organizativo como al competencial de ambos entes locales constitucionalmente necesarios (214/1989, FJ 1.º). Y ha recordado expresamente, respecto de las provincias, que la autonomía local ex artículo 137 CE “se proyecta en la exigencia de que el legislador ha de atenerse a un ‘mínimo competencial’, que, como competencias propias, ha de reconocerse al ente local” (STC 109/1998, FJ 2.º), debiendo entenderse como competencia propia “la que es desempeñada por su titular bajo un régimen de autorresponsabilidad” (STC 109/1998, FJ 13.º).

## 1.2. Otras específicas garantías constitucionales de la autonomía local

La tutela que la Constitución brinda a la autonomía local no se agota, obviamente, con esta “garantía institucional”. El Tribunal Constitucional ha ido derivando directamente del propio texto constitucional específicas garantías, concretos “estándares constitucionales mínimos”,<sup>15</sup> que vienen a complementar, que no a sustituir, la técnica de la garantía institucional. Especialmente relevantes han sido estas específicas garantías para preservar la vertiente financiera de la autonomía provincial. Así, en primer término, la jurisprudencia constitucional ha subrayado la responsabilidad que pende primordialmente sobre el Estado (y en menor medida sobre las comunidades autónomas) para proveer a la suficiencia financiera de los municipios y provincias; obligación constitucional que, sin embargo, no se proyecta a las comarcas ni a cualquier otro ente local que decidan impulsar las comunidades autónomas, de tal suerte que habrán de financiarse exclusivamente con cargo al presupuesto de estas (SSTC 233/1999, FJ 10.º, y 48/2004, FJ 13.º).

Conviene destacar a este respecto la contundencia con que la jurisprudencia ha sancionado la autonomía de gasto de las entidades locales, ya que ha entendido

12. Baste citar: *BVerfGE* 17, 172, 182; 23, 353, 366; 38, 258, 278-279; 50, 195, 201; 59, 216, 226, etc.

13. Manuel MEDINA GUERRERO, “Crónica Parlamentaria. Urbanismo y autonomía local”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 59/2005, p. 178-179.

14. Y la aplicación de este “método de la sustracción” al artículo 2.3 de la Ley 23/1987 llevaría al Tribunal Constitucional a declarar su inconstitucionalidad (STC 109/1998, FJ 13.º).

15. FRANCISCO VELASCO CABALLERO, “La autonomía municipal”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia/RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel (dir.): *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 2108.

que les era en lo esencial aplicable la doctrina vertida sobre el particular a propósito de las comunidades autónomas (por todas, STC 109/1998, FJ 10.º). Autonomía que comprende la “capacidad para disponer libremente de sus recursos financieros, asignándolos a los fines mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades”, lo que entraña que son libres no solo “en cuanto a la fijación del destino y la orientación del gasto público”, sino también “para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias” (SSTC 13/1992, FJ 7.º, y 68/1996, FJ 10.º). Así pues, en línea de principio, las entidades locales están facultadas para determinar la estructura del gasto y, en consecuencia, para decidir cada año qué concreta cantidad se va a destinar a cada uno de sus específicos ámbitos competenciales. Libertad de disposición sobre el destino de los recursos que, en fin –conviene subrayarlo–, únicamente “puede ser restringida por el Estado y las comunidades autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad” (STC 109/1998, FJ 10.º). No parece preciso insistir en que estos criterios delimitadores de la autonomía financiera local deben quedar adecuadamente reflejados en cualquier sistema de financiación que pueda pergeñarse en el futuro; como tampoco resulta necesario abundar en que los mismos han de ser asimismo respetados siempre que se proceda a la transferencia de competencias a favor de los entes locales, de tal modo que el ente que acuerde la transferencia deberá proveerles de recursos de libre disposición para hacer frente al coste de los nuevos servicios asumidos.

Por último, pero no por ello menos importante, importa subrayar la notable relevancia que está llamada a desempeñar la STC 48/2004 en la consolidación de la autonomía financiera local. Aunque expresado de un modo indirecto o reflejo, el Tribunal Constitucional parece sancionar la prohibición de que las instancias centrales de gobierno o las autoridades regionales impongan a las entidades locales que financien las competencias propias de aquellas.<sup>16</sup> Así es; especial-

mente de su denso fundamento jurídico 11.º cabe extraer la conclusión de que no es dable que se obligue a la Administración local a proveer a la financiación de servicios cuya competencia corresponde a otros niveles de gobierno. Se trata –como es palmario– de una garantía esencial para el correcto desenvolvimiento de las relaciones intergubernamentales, razón por la cual sería conveniente que se recordase expresamente en la Ley reguladora de las bases del régimen local y en la normativa que dicten las comunidades autónomas en desarrollo de las previsiones estatutarias.

Hasta aquí la doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional acerca de la autonomía local y su concreta proyección a las provincias. Ello no quiere decir, obviamente, que en algunas decisiones el Tribunal Constitucional no haya abordado y configurado alguna línea jurisprudencial específica en torno a la autonomía provincial; pero lo relevante es que en la construcción de esa peculiar variante jurisprudencial –o, para ser más exactos, en la peculiar aplicación de la doctrina general sobre la autonomía local a las provincias– han sido determinantes los propios textos estatutarios. Casi con total seguridad, los ejemplos más significativos al respecto los proporcionan las SSTC 27/1987 y 109/1998, en las que las singularidades de los respectivos estatutos involucrados, el valenciano y el catalán, fueron un factor decisivo para la resolución de los conflictos en juego.<sup>17</sup> En ambas ocasiones, las específicas previsiones de los estatutos fuerzan prácticamente al Tribunal Constitucional, so riesgo de declarar la antijuridicidad de las propias normas estatutarias, a sostener expresamente la no aplicabilidad de la LRBRL (STC 109/1998) o, más modestamente, en la STC 27/1987, a sugerir la inaplicación de la normativa básica<sup>18</sup> para realizar acto seguido una muy forzada argumentación sobre la acomodación de la normativa impugnada a la LRBRL (en este sentido, véase el voto particular disidente formulado por Rubio Llorente a la STC 27/1987). Los términos en que se expresó el fundamento jurídico quinto de la STC 109/1998 a propósito del PUOSC resultan inequívocos:

16. Consúltese al respecto Manuel MEDINA GUERRERO, *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2004.

17. FRANCISCO VELASCO CABALLERO: “Organización territorial y régimen local en la reforma del Estatuto de Cataluña: límites constitucionales”, en *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2004, p. 288.

18. Así, en el FJ 9.º de la STC 27/1987: “las reglas competenciales en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 148.1.18 CE) ... han de ser respetadas a no ser que, en algún aspecto concreto, su inaplicación resulte expresa e inequívocamente de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de una determinada Comunidad Autónoma, como una característica específica de la misma”.

“[...] por más que con la atribución al Estado de la competencia para establecer las bases se persiga ‘una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación’ (por todas, STC 1/1982, fundamento jurídico 1.º), no empece en absoluto a dicha noción el hecho de que, junto al régimen básico aplicable a la generalidad de las comunidades autónomas, coexistan situaciones particulares; aunque, como es palmario, estas excepciones precisan ineludiblemente, bien una expresa habilitación constitucional (STC 214/1989, fundamento jurídico 26.º), bien –como sucede en nuestro caso– un específico anclaje estatutario”.

Así, pues, cuando el Tribunal Constitucional ha identificado perfiles propios en la autonomía provincial no ha operado directamente en el texto constitucional tratando de inferir tales peculiaridades ya *ex Constitutione*, sino que se ha encontrado el pie forzado de una norma estatutaria que permitía una intervención singularmente incisiva y penetrante de la Comunidad Autónoma en la esfera provincial, incluso yendo más allá de las previsiones de la LRBRL. Es, en suma, del conglomerado Constitución + estatutos, que no de la Constitución *per se*, de donde se ha derivado en las referidas ocasiones esa menor intensidad de la autonomía provincial frente a la municipal.

En suma, la técnica de la garantía institucional sigue, pues, estando ahí y desplegando su virtualidad en los términos conocidos, pero en ella no se agota la protección que la Constitución brinda a las provincias: la jurisprudencia constitucional ha ido forjando una constelación de específicas cautelas, de concretas garantías, que dan la verdadera medida del alcance constitucional de la autonomía provincial. Ahora bien, sentado el respeto por la reconocibilidad de la imagen de la institución, así como por las diversas garantías *ad hoc* que el Tribunal Constitucional ha inferido del texto constitucional, la Constitución permite una concreción y un desarrollo diferentes de la autonomía provincial y municipal por parte de la normativa infraconstitucional. Y, de hecho, esto es lo que ha sucedido desde la puesta en marcha del Estado de las autonomías a raíz de la aprobación de los primeros estatutos. De esto tendremos ahora que ocuparnos.

## 2. La protección de la autonomía provincial a nivel estatutario

Que el marco estatutario originario adolecía de cierto déficit en la regulación del régimen local, era una valoración ampliamente extendida antes de que se iniciara el último proceso de reformas; apreciación que entre otros aspectos se apoyaba en la convicción de que era el Estatuto el tipo normativo adecuado para garantizar los elementos definidores de la autonomía local, al ser la única norma que se impone tanto al legislador autonómico como al central.<sup>19</sup> En efecto, los primeros estatutos se caracterizaron por regular con suma parquedad el nivel local de gobierno; y si la provincia recibió un tratamiento algo más detenido en algunos estatutos, no se hizo con la pretensión de desarrollar estatutariamente su autonomía, sino para asegurar a las respectivas comunidades autónomas cierto margen de intervención en la esfera funcional provincial.

En contraste, los estatutos recientemente reformados han supuesto con carácter general un notable avance en la preservación de la autonomía de los Gobiernos locales. A diferencia de sus versiones iniciales, que pasaban como sobre ascuas por la regulación del nivel local de gobierno, los nuevos estatutos –y especialmente los de Cataluña y Andalucía– constituyen, para decirlo en los términos empleados por el legislador andaluz, “un punto de inflexión en la garantía y protección de la autonomía local” (exposición de motivos de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía). En efecto, puede afirmarse que los estatutos de segunda generación han nacido con una marcada vocación municipalista. Y, muy probablemente, en este resultado haya influido el hecho de que, en un primer momento, se apostase por una profunda *interiorización* del régimen local en el ámbito autonómico: si en lo sucesivo la delimitación del alcance exacto de la autonomía local pasaba a depender de la propia Comunidad Autónoma, se creyó oportuno consagrar específicas garantías de dicha autonomía en el texto estatutario a fin de compensar esa ampliación del margen de maniobra autonómico.<sup>20</sup> El resultado final del proceso de reformas estatutarias conduciría a una notable desustanciación de esta pretendida *interiorización*,

19. Por todos, Tomás FONT I LLOVET: *Gobierno local y Estado autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2008, p. 209.

20. Y, en paralelo, hacer copartícipes a las comunidades autónomas de la función de garantía de la autonomía local (en este sentido, Alfredo GALÁN GALÁN: “El renacer de una vieja polémica en España: la interiorización de los Gobiernos locales en las comunidades autónomas”, *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, ½, 2010, p. 169-171).

la cual, sin embargo, no se vería acompañada de ninguna minoración de las garantías de la autonomía local inicialmente previstas.

Comoquiera que sea, antes de examinar las concretas garantías estatutarias que refuerzan la autonomía de las provincias —y valorar, en su caso, su alcance frente a las establecidas a favor de los municipios—, es conveniente hacer un par de observaciones iniciales. En primer término, que la STC 31/2010 ha ratificado una vez más su condición de ente constitucionalmente indisponible, al considerar que la veguería, o bien únicamente es el nombre que recibe en Cataluña la provincia, o bien constituye un nuevo ente local, en cuyo caso, sin embargo, no vendría a sustituir a la provincia, sino que habría de añadirse como un integrante más del nivel local de gobierno en Cataluña. *Tertium non datur*. Y, en segundo término, debe notarse que algunos de los nuevos estatutos mencionan de forma expresa la autonomía provincial (artículos 66.1 EAV, 90.2 EAC y 56.1 EAEx); a lo que en algún caso se añade el reconocimiento de un Gobierno y Administración autónoma de la provincia (96.2 EAAnd y 91.1 EAC).

## 2.1. Las nuevas garantías estatutarias de la autonomía que se proyectan por igual a municipios y provincias

### 2.1.1. El especial rango de la Ley reguladora de los Gobiernos locales

Tanto el Estatuto catalán, con las denominadas “leyes de desarrollo básico del Estatuto” (artículo 62.2), como el andaluz, que incluye la “organización territorial” entre las materias sujetas a la reserva cualificada (artículo 108), exigen el voto favorable de la mayoría absoluta del Pleno del Parlamento para la aprobación de las leyes reguladoras de las entidades locales. Y, por su parte, el artículo 55 del Estatuto extremeño contempla igualmente la mayoría absoluta para la aprobación de la Ley reguladora de las materias y funciones de competencia autonómica susceptibles de ser gestionadas por los municipios y, en su caso, del elenco mínimo

de facultades o atribuciones que, sobre las mismas, han de tener los ayuntamientos. “Elevación” del rango de la normativa en materia de Gobiernos locales que, evidentemente, puede desempeñar un papel muy relevante en la preservación de su ámbito competencial frente al legislador sectorial.<sup>21</sup>

### 2.1.2. La participación de los entes locales en la toma de decisiones de la Comunidad Autónoma

Una novedad apreciable de los nuevos estatutos reside en la previsión de un órgano llamado a pronunciarse sobre los proyectos normativos autonómicos que incidan en la esfera local.<sup>22</sup> Salvo el andaluz, que solo contempla la presencia municipal (artículo 95), la mayoría de los nuevos estatutos encomiendan la representación del nivel local de gobierno a las asociaciones locales más representativas (64.4 EAV; 86 EAAR), o, en general, a las entidades locales (artículo 51 EACyL; municipios y veguerías en el caso del artículo 85 EAC). Hay, no obstante, diferencias sustanciales en la configuración de tales órganos: mientras que el Estatuto catalán contempla un órgano de composición exclusivamente local, los restantes establecen un órgano de composición mixta local/autonómica que, además, está llamado a operar como foro permanente de colaboración y coordinación entre los dos niveles de gobierno.

Es más que dudosa la conveniencia de incorporar en los estatutos un órgano mixto de la naturaleza de los últimos citados, puesto que, de una parte, la participación local resulta *ab origine* mediatizada por la representación autonómica, y, de otro lado, según se regule el proceso de toma de decisiones, podría llegar a desvirtuarse por completo el sentido último de la institución en cuanto instrumento de garantía de la autonomía local. Algunos de estos riesgos se traslucen con evidencia en la Ley del Consejo Andaluz de Concertación Local, que diseña un órgano mixto estrictamente paritario (diez representantes locales y diez autonómicos, entre ellos el titular de la Consejería competente en materia de Administración local, que preside el Consejo) y que adopta sus decisiones por

21. Alfredo GALÁN GALÁN: “Naturaleza de la Ley de régimen local de Andalucía y su relación con las leyes autonómicas sectoriales”, *Anuario del Gobierno Local 2009*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2010, p. 45-107; Manuel ZAFRA VÍCTOR: “Garantía estatutaria de la autonomía local”, *Anuario del Gobierno Local 2008*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, p. 35-66.

22. Marc VILALTA REIXACH: *El Consejo de Gobiernos Locales. La nueva participación de los entes locales en las comunidades autónomas*, Iustel, Madrid, 2007.

mayoría simple, siendo determinante el voto de calidad del presidente en caso de empate.<sup>23</sup>

### 2.1.3. El principio de subsidiariedad

También se ha abierto paso en los nuevos estatutos, de forma expresa, el principio de subsidiariedad. Hay, no obstante, algunas diferencias apreciables en el modo en que los diversos estatutos han regulado la incorporación del principio. En efecto, si en los estatutos valenciano (artículo 64.2) y catalán (artículo 84.3) la vigencia del mismo se proyecta específicamente al juego de las relaciones entre las diversas Administraciones locales y con el objeto de proceder a la distribución entre ellas de las responsabilidades administrativas, en el caso de los estatutos aragonés (artículo 85.1) y castellano-leonés (artículo 43.2) el principio de subsidiariedad se vincula genéricamente con la actividad de las entidades locales. Es, pues, el andaluz el que recoge la subsidiariedad en términos más ambiciosos, en cuanto lo entroniza como principio estructural de la organización territorial de Andalucía en su conjunto (artículo 90);<sup>24</sup> recepción en términos amplios del principio que es, al fin y al cabo, la que mejor se acomoda a la incorporación que el artículo 89.2 EAAnd realiza, vía remisión, de la Carta Europea de Autonomía Local, en la que el principio se concibe y aplica en el marco de las relaciones entre todos los niveles de gobierno, y no exclusivamente entre los diferentes entes integrantes del nivel local de gobierno. En efecto, su artículo 4.3 delimita el principio con un alcance general: “El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”.

Únicamente, pues, en las formulaciones que adoptan los estatutos andaluz y extremeño la recepción explícita del principio entraña una mejora en la garantía de la autonomía local. A este respecto, debe recordarse que la virtualidad del principio de subsidiariedad, en cuanto regla rectora del sistema de distribución

competencial, se despliega en dos fases o momentos. En primer lugar, está llamado a operar como criterio de delimitación de competencias, de tal modo que habrá de tomarse en consideración al identificar las competencias cuya titularidad se encomiende a las entidades locales y las que, por el contrario, se reserven a los restantes niveles de gobierno. Y, en segundo término, el reiterado principio opera también como pauta rectora del ejercicio de las competencias estatales y autonómicas, de tal modo que, en los supuestos de concurrencia competencial, la intervención del Estado o de las comunidades autónomas solo sería posible una vez constatado que la medida no podría ser adoptada de forma igualmente eficaz por el nivel local de gobierno.

Por lo demás, la convicción de que el principio de subsidiariedad ha de operar como la principal directriz del sistema local de distribución de competencias se acrecienta a la vista de la evolución que ha experimentado en los últimos años su régimen jurídico en la esfera de la Unión Europea.<sup>25</sup> Como es sabido, según se desprende de la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el principio de subsidiariedad había mostrado hasta la fecha una escasa operatividad para satisfacer la principal finalidad que motivó su inclusión en el Tratado de Maastricht: refrenar la extralimitación en el ejercicio de sus competencias por parte de los órganos comunitarios. De ahí que una de las prioridades fundamentales que se marcaron durante el proceso de elaboración del Tratado constitucional fuera, precisamente, la de potenciar la virtualidad del principio de subsidiariedad; y, ciertamente, cabe afirmar que dicho objetivo se ha satisfecho en buena medida con el Tratado de Lisboa. De un lado, asumiendo explícitamente la lectura que ya se había defendido por buena parte de la doctrina, pero que había sido rechazada en la práctica por las instituciones comunitarias, la eficacia del principio de subsidiariedad ya no se circunscribe a las relaciones Unión Europea/Estados miembros, sino que penetra en el interior de estos, protegiendo también en consecuencia a los niveles regionales y locales de gobierno (artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea –texto consolidado–). Y en segundo lugar, junto al control represivo de

23. Sobre el particular, consúltese Manuel MEDINA GUERRERO: “Las nuevas formas de participación de los Gobiernos locales en la toma de decisiones de las comunidades autónomas”, en *Relaciones institucionales entre comunidades autónomas y Gobiernos locales* (M. ZAFRA VÍCTOR, coord.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, p. 63-76.

24. También el artículo 59.1 del Estatuto extremeño vincula el principio de subsidiariedad tanto con las entidades locales como con la Comunidad Autónoma.

25. En este sentido, Tomás FONT I LLOVET: *Gobierno local y Estado autonómico*, op. cit., p. 196-197.

la observancia del principio a realizar por el Tribunal de Justicia, el Tratado de Lisboa añade un mecanismo de control preventivo, de carácter político, en el que el protagonismo recae sobre los Parlamentos nacionales<sup>26</sup> (artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea); técnica de control que se extiende también al principio de proporcionalidad (artículo 5.4 TUE).

#### 2.1.4. Garantías financieras comunes a municipios y provincias

Un especial cuidado han puesto los nuevos estatuyentes en salvaguardar la autonomía financiera de los Gobiernos locales. Así, en ocasiones, se comienza reconociendo en términos genéricos el principio de autonomía en el ámbito financiero (artículo 191.1 EAAnd, artículo 53 EACyL y artículo 60.1 EAEx), para más tarde proyectarlo específicamente a la vertiente del gasto y a la esfera tributaria (artículo 218 1 y 3 EAC y artículo 191.2 EAAnd).

Aunque, quizás, incluso más relevantes que estas referencias explícitas a la autonomía financiera local, sean otros preceptos estatutarios que vienen a incorporar específicos compromisos o garantías que, a fin de cuentas, son los que prefiguran el perfil último que tendrá el nivel local de gobierno en las respectivas comunidades autónomas. En este sentido, adquiere una especial relevancia el hecho de que la práctica totalidad de los nuevos estatutos hayan previsto un mecanismo de participación de los entes locales en los ingresos tributarios autonómicos; fuente de financiación que, salvando el valenciano (artículo 64.3) y el extremeño (artículo 60.2), los estatutos reformados extienden genéricamente a los Gobiernos locales, por lo que están reconociendo que también las provincias son inmediatamente beneficiarias de la misma. Y aunque puede sin duda afirmarse que su condición de destinatarias de la participación en ingresos autonómicos está ya constitucionalmente garantizada (artículo 142 CE) y ratificada por la LHL (artículos 2.1, 39.2 y 131),<sup>27</sup> debe ser bien recibida su expresa mención en los estatutos, a la vista de la renuencia mostrada por alguna Comunidad

Autónoma para extender esos ingresos a las provincias. En efecto, no debe soslayarse que la Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía aprobada por el Parlamento de Andalucía, apartándose del mandato constitucional, únicamente contemplaba a los municipios como posibles beneficiarios; de tal forma que debieron ser las Cortes Generales las que, a fin de restaurar en su integridad las previsiones constitucionales, procedieran a la modificación del precepto originario, sustituyendo la sola referencia a los “ayuntamientos” por la genérica a las “entidades locales”, con la evidente finalidad de incluir bajo su ámbito de cobertura a las provincias. Y, pese a todo, la Ley 6/2010, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha efectuado una lectura muy restrictiva de este mandato constitucional y estatutario, hasta el límite de su transgresión, toda vez que ciñe el ámbito subjetivo del Fondo a los municipios (artículo 3.1) y somete la eventual recepción de recursos por parte de las provincias a los siguientes condicionantes: 1.º) La provincia debe haber asumido la gestión de servicios financiados con cargo a la participación de los municipios de menos de 20.000 habitantes; y 2.º) para que la Junta de Andalucía abone el importe correspondiente con cargo a la participación de los municipios afectados, es imprescindible la previa autorización de los plenos de las corporaciones, con indicación expresa de la cuantía a detraer de su respectiva participación en los tributos autonómicos.

Por otro lado, debe valorarse positivamente que algunos de los nuevos estatutos reconozcan, en términos inequívocos, la libre disponibilidad para los Gobiernos locales de estos recursos suministrados por el mecanismo de participación en tributos (artículos 219.1 EAC, 192.1 EAAnd, 114. 4 y 5 EAAR y 60.2 EAEx).<sup>28</sup> Se respeta, así, la autonomía de gasto local que impone tanto el artículo 142 CE como la propia Carta Europea de Autonomía Local. En efecto, su artículo 9.1 reconoce el derecho a la suficiencia de ingresos para hacer frente a las competencias propias, pero no a cualquier tipo de suficiencia; en puridad, como se desprende de su tenor literal, lo que se garantiza es el derecho a tener unos

26. Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

27. Para más detalles, véase Manuel MEDINA GUERRERO: “Comentario al artículo 142”, en *Comentarios a la Constitución española* (CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO, dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 2149.

28. Implícitamente puede entenderse también asumido por el Estatuto valenciano (artículo 64.3), que establece que el fondo autonómico se perfilará con los mismos criterios que el estatal. El Estatuto de Castilla y León se limita a remitirse al legislador para que determine el contenido y alcance de esta fuente de financiación (artículo 55.3).

ingresos propios que sean suficientes e incondicionados: “Las entidades locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias”. Se establece, así, la regla general de que, en el desempeño de sus competencias propias, deben los entes locales disfrutar de la potestad de disponer libremente de sus recursos; regla que no se ve desplazada ni siquiera en el caso de que se articulen procedimientos de compensación o nivelación u otras medidas equivalentes destinadas a proteger a los entes locales financieramente más débiles, ya que dichos “procedimientos y medidas no deben reducir la libertad de opción de las entidades locales en su propio ámbito de competencia” (artículo 9.5 CEAL).

Algunos de los nuevos estatutos relegan el empleo de las subvenciones condicionadas a una posición subordinada en el conjunto de la financiación local por parte de sus correspondientes comunidades autónomas, al concebirlas como una fuente de ingresos de carácter complementario (artículo 219.1, segundo inciso, EAC, y artículo 192.2 EAAnd).<sup>29</sup> Con estas disposiciones, ambos estatutos continúan la línea trazada por la CEAL en lo relativo al papel que pueden desempeñar las subvenciones en el sistema de ingresos de los entes locales. Naturalmente, la Carta no excluye *a radice* la posibilidad de que se concedan a las entidades locales subvenciones destinadas a una finalidad concreta, pero solo se conciben como un mecanismo de financiación de “carácter excepcional y complementario” –al margen de las fuentes de ingresos ordinarias y estables llamadas a satisfacer el mandato de suficiencia financiera, como lo es inequívocamente la participación en los tributos–, del que además se requiere que no constriña en demasía el margen de maniobra del ente beneficiario: “En la medida de lo posible, las subvenciones concedidas a las entidades locales no deben ser destinadas a la financiación de proyectos específicos. La concesión de subvenciones no deberá causar perjuicio a la libertad fundamental de la política de las entidades locales, en su propio ámbito de competencia” (artículo 9.7).

Por último, es preciso destacar la recepción en el nuevo marco estatutario del principio de lealtad institucional, que está llamado a desempeñar una especial función en el marco de las relaciones financieras entre

la Comunidad Autónoma y las entidades locales. En línea con el significado tradicional de la obligación de comportamiento leal propia del federalismo germánico –según la cual cada nivel de gobierno, en el ejercicio de sus competencias, ha de tomar en consideración los intereses de los otros niveles y del Estado en su conjunto–, este principio se traduciría en la exigencia de que las decisiones que adopten la Comunidad Autónoma y las entidades locales no soslayen las repercusiones financieras que las mismas pueden suponer para las restantes Administraciones. Y así lo han entendido, en efecto, algunos estatuyentes, que han venido a recoger expresamente la operatividad del principio en la esfera financiera. De una parte, la proyectan a los recursos de naturaleza tributaria de los entes locales, disponiendo que la Comunidad Autónoma prevea la oportuna compensación en el caso de que las modificaciones de su marco normativo entrañen una disminución de dichos recursos (artículo 192.6 EAAnd, artículo 55.4 EACyL y artículo 60.3 EAEx). Y, de otro lado, contemplan explícitamente la virtualidad del principio en los supuestos de modificación del orden competencial en sentido descendente, exigiendo que toda transferencia de competencias a los entes locales vaya acompañada de los medios precisos para hacer frente a los nuevos gastos (artículos 219.3 EAC, 192.7 EAAnd, 55.2 EACyL, y 59.3 EAEx). Especialmente protectora de la autonomía local es la formulación de esta garantía adoptada por el Estatuto catalán, ya que la aportación de los medios suficientes se configura como una condición necesaria para que entre en vigor la transferencia competencial.

## 2.2. El reconocimiento de la posición central de los municipios en los nuevos estatutos

Los nuevos estatutos han venido a confirmar la centralidad de los municipios frente a las provincias en el entramado institucional de las respectivas comunidades autónomas. En este sentido, se catalogan como la entidad local básica (artículos 86.1 EAC, 91.1 EAAnd, 75.1 EAIB, 82.1 EAAR, 44.1 EACyL, y 54.1 EAEx), y en varios de ellos se configuran como el instrumento esencial de participación de la comunidad local en los asuntos públicos (artículos 86.1 EAC, 75.1 EAIB, 44.1 EACyL, y 54.1 EAEx).

29. Sobre la relación subvencional entre el nivel local de gobierno y las comunidades autónomas, véase por todos Germán FERNÁNDEZ FARRERES: “Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 21, 2009, p. 28 y ss.

Esta preeminente posición de los municipios en la organización territorial autonómica, se refleja en la forma más enérgica en que algunos estatutos sancionan su autonomía. Así, solo a ellos vinculan los estatutos catalán y andaluz la plena capacidad de autoorganización (artículos 87.1 EAC y 91.3 EAAnd); y únicamente a los municipios reconocen estos estatutos “un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción solo a los controles de constitucionalidad y legalidad” (artículos 84.1 EAC y 92.1 EAAnd). Y, en el caso andaluz, es a los ayuntamientos exclusivamente a los que se atribuye un listado de materias sobre las que ostentan competencias propias (artículo 92.2 EAAnd).<sup>30</sup>

En lo que concierne a las provincias, también los nuevos estatutos proceden a delimitar su esfera funcional, pero la mayoría de ellos tienden a ceñirla al núcleo duro protegido directamente por la Constitución, y no anudan expresamente su ejercicio con la idea de autonomía. En efecto, salvo el valenciano, que se remite a la legislación, los restantes garantizan como competencias provinciales las funciones de cooperación y asistencia a los municipios (artículos 96.3 EAAnd, 84 EAAR, 47.2 EACyL y 56.2 EAEx; asimismo, artículo 90.1 EAC, con una formulación singular y en relación con las veguerías). No obstante, una mención expresa a la prestación de servicios supramunicipales hacen tanto el Estatuto andaluz (artículo 96.3) como el castellano-leonés (artículo 47.2) y el extremeño (artículo 56.2).

### 2.3. La autonomía provincial en los nuevos estatutos: Un balance

Así, pues, aunque con menor intensidad que respecto de los municipios, los nuevos estatutos también han supuesto un incremento de las garantías para la autonomía provincial, señaladamente en la órbita financiera. Y, sin embargo, salvando el caso del Estatuto de Castilla y León,<sup>31</sup> ningún avance –e, incluso, algún

retroceso– se percibe en lo que ha constituido, como hemos visto, el mayor riesgo potencial para la autonomía de las provincias, a saber, las especiales facultades coordinadoras que determinados estatutos han atribuido a sus respectivas comunidades autónomas en la esfera competencial de aquellas. Así es; con la excepción aludida, o bien los nuevos estatutos mantienen en términos prácticamente idénticos la situación precedente (la disposición transitoria segunda del EAC mantiene la vigencia de la transitoria sexta del Estatuto de 1979, anclaje último del PUOSC; el artículo 66 del EAV no entraña ningún cambio apreciable en relación con el anterior artículo 47, y el artículo 59.4 del Estatuto extremeño no es sino fiel reflejo del inicial artículo 16.3), o bien suponen una ampliación de la potestad coordinadora autonómica, como sucede en Andalucía. Si el artículo 4 del anterior Estatuto ya reconocía a la Junta de Andalucía relevantes facultades coordinadoras de las competencias que el legislador atribuyese a las diputaciones para “el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia”, así como respecto de los planes provinciales de obras y servicios, el vigente artículo 96.4 precisa de forma expresa que, además de a los ámbitos reseñados, la coordinación autonómica podrá extenderse a todas las funciones de asistencia y cooperación con los municipios. En realidad, con la nueva redacción todas las posibles atribuciones, facultades y competencias de las diputaciones andaluzas devienen accesibles a la potestad coordinadora de la Comunidad Autónoma, incluyendo aquellas en donde se condensa, como ya sabemos, el núcleo duro de la garantía constitucional de la autonomía provincial. No es de extrañar, pues, que se haya considerado la nueva regulación estatutaria de dudoso encaje constitucional.<sup>32</sup>

En este contexto, en el que el máximo riesgo para la autonomía provincial proviene de las facultades coordinadoras autonómicas expresamente previstas en los propios estatutos, huelga insistir en la relevancia que

30. Sobre esta atribución competencial directa, véase Luciano PAREJO ALFONSO: “Autonomía local, régimen local básico y reformas estatutarias”, *REALA* 309, 1999, p. 32.

31. El artículo 26.2 del anterior Estatuto preveía expresamente que la Comunidad Autónoma, “en el marco de la legislación básica del Estado...”, coordinaría las funciones de las diputaciones provinciales. El artículo 49.1 del nuevo Estatuto contempla que el legislador regule el Gobierno y la Administración local, pero ha desaparecido la referencia explícita a la coordinación de las funciones provinciales.

32. En esta línea, Gerardo RUIZ-RICO RUIZ: “Título III. La organización territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía* (M. J. TEROL BECERRA, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 281; asimismo, Ferran TORRES COBAS: “Estudio comparativo de las reformas de los Gobiernos locales contenidas en el anteproyecto de Ley básica del Gobierno y la Administración local y los proyectos de modificación de los estatutos de autonomía”, *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006, p. 110.

adquiere el legislador básico para contener posibles excesos en el desarrollo normativo de tales facultades. No se trata tan solo de que, con carácter general, los nuevos estatutos acoten, en el marco de la legislación básica estatal, la competencia normativa autonómica para fijar dichas facultades coordinadoras (artículos 96.4 EAAnd, 66.3 EAV y 53.2 EAEx) o para regular genéricamente el nivel local (artículos 85.3 EAAr y 49.1 EACyL), toda vez que la referencia a la normativa estatal ya se hacía en los anteriores estatutos, sino de que, como se destaca en los primeros comentarios al respecto, la STC 31/2010 no ha venido sino a reafirmar la centralidad del legislador básico en la normación del régimen local.<sup>33</sup>

### 3. La Carta Europea de Autonomía Local

Más allá de la fuerza activa y pasiva frente a las leyes, consustancial a todo tratado, se ha tendido a atribuir a la CEAL una virtualidad jurídica especialmente intensa. Así, por comenzar con la lectura más ambiciosa, se ha defendido que la CEAL vendría a formar parte, junto a la Ley de bases del régimen local, del bloque de la constitucionalidad; tesis que se ha sostenido en la práctica, resultando frecuente que se alegue ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de una Ley por infringir, además de las pertinentes normas constitucionales, algún precepto de la Carta.<sup>34</sup> Sin embargo, como era de esperar, a la luz de la jurisprudencia ya consolidada en torno a los tratados como eventual parámetro de constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional ha negado dicha virtualidad, puesto que “los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14, 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, 254/1993, de 20 de julio, FJ 5)”.<sup>35</sup>

Con todo, en modo alguno cabe infravalorar el papel que en la interpretación de la propia normativa in-

terna está llamada a desempeñar la CEAL. Función hermenéutica que –claro está– se asume con naturalidad en la literatura en relación con la normativa infraconstitucional, pues, dada la posición de supraordenación de la que disfruta la Carta, resulta obvio pensar en la existencia de una suerte de principio de interpretación de dicha normativa conforme a la CEAL, que obligaría al operador jurídico, siempre que el tenor literal de la norma en cuestión lo permitiese, a abrazar una lectura de la misma compatible con la Carta, evitándose así su pura inaplicación. De hecho, el examen casuístico de las resoluciones de la jurisdicción ordinaria pone de manifiesto que la CEAL se utiliza con normalidad como instrumento hermenéutico para precisar el contenido de las leyes.<sup>36</sup> Y aunque la cuestión se haya planteado en términos mucho más dudosos y titubeantes, también ha comenzado a abrirse paso la idea de que la CEAL puede desempeñar una función destacada en la interpretación de los preceptos constitucionales. Desde esta perspectiva, la Carta jugaría un papel muy semejante al que desempeñan los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, de tal suerte que, en cierta medida, vendría a fijar el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía local.

Y lo cierto es que a estas alturas pocas dudas hay que albergar acerca de que puede –y debe– recurrirse a la CEAL para tratar de perfilar el alcance de la autonomía local configurado por las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad. Así se desprende, por lo demás, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo,<sup>37</sup> que ha asumido sin matices su función hermenéutica; como puede leerse en el Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 21 de mayo de 1997, la autonomía local “debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la CEAL [...] Frente a este principio –se prosigue en este mismo Fundamento–, contenido en un tratado internacional ratificado por España y, como tal, incorporado a nuestro ordenamiento interno con carácter de fuente primaria, difícilmente puede pres-

33. Apreciación en la que coinciden Antoni BAYONA ROCAMORA (“Règim local”), Alfredo GALÁN GALÁN y Ricard GRACIA RETORTILLO (“Incidencia de la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional en la regulación del Estatuto de Autonomía de Cataluña sobre los Gobiernos locales”) y Josep MIR BAGÓ (“Règim local”) en sus respectivas contribuciones a la *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010.

34. Así, por ejemplo, *vid.* SSTC 104/2000 (Antecedente 2.º) y 235/2000 (Antecedente 12.º).

35. STC 235/2000, FJ 11.º.

36. FRANCISCO VELASCO CABALLERO: *Derecho Local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 76 y ss.

37. Consúltese al respecto José Manuel BANDRÉS: “La Carta Europea de la Autonomía Local en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 20, 2009, p. 7 y ss.

tarse atención a los argumentos de la parte apelante fundados en que el carácter excluyente de la competencia estatal o autonómica en materia de enseñanza universitaria o de patrimonio histórico impediría la cooperación municipal”.<sup>38</sup> Y a esta misma dirección apunta el Tribunal Constitucional, que en alguna ocasión ha recurrido a un precepto de la Carta para delimitar con mayor precisión una determinada dimensión o vertiente de la autonomía local constitucionalmente garantizada. Así sucedió en la STC 233/1999, en la que el artículo 9.3 CEAL<sup>39</sup> sirvió para precisar la autonomía tributaria local protegida por la Constitución:

“Además, hay que tener en cuenta, como indica el abogado del Estado, que la potestad de fijar la cuota o el tipo de sus propios tributos dentro de los límites de la Ley es uno de los elementos indiscutiblemente definidores de la autonomía local, encontrándose, como tal, reconocida en el artículo 9.3 de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988”. (FJ 11.º).

En resumidas cuentas, si en efecto la CEAL no puede operar obviamente como parámetro autónomo de juridicidad de las leyes, sí se ha sostenido que, dada esa influencia hermenéutica en la delimitación del alcance de la autonomía local constitucionalmente garantizada, puede operar a modo de “canon indirecto de validez de la ley”.<sup>40</sup>

E, incluso, la función de la Carta puede ir más allá según el modo en que la misma se incorpore en el texto estatutario.<sup>41</sup> Los dos primeros estatutos reformados en la reciente fase estatuyente, a saber, el valenciano (artículo 64.2) y el catalán (artículo 84.3), hacen una mención expresa a la CEAL, pero solo en lo relativo al principio de subsidiariedad y ceñido este, además, a la distribución de las responsabilidades administrativas entre los diferentes entes locales, y no al juego de las relaciones entre los niveles de gobierno local y autonómico. Muy distinto es, por el contrario, el papel que está llamada a jugar la CEAL en el ámbito territorial andaluz, dados los términos con que se expresa el artículo

89.2 EAAAnd, que impone la “plena observancia” de la misma en las relaciones entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones locales. De este modo, la norma estatutaria incorpora formalmente las garantías contenidas en la CEAL; hace verdaderamente suyos sus contenidos, sin matices e incondicionalmente. Las garantías de la autonomía local consagradas en dicho Tratado, pues, además de tener el valor que les corresponde por estar incluidas en esa fuente del Derecho autónoma, se transustancian en verdadero contenido estatutario. O para decirlo en términos jurídicamente más rigurosos: el artículo 89.2 EAAAnd incorpora la técnica de la remisión normativa, de acuerdo con la cual la llamada “norma de remisión” se refiere a otra a fin de integrar en su contenido el objeto de remisión (las garantías de la autonomía local). Sencillamente, con el último inciso del artículo 89.2 el estatuyente está dotando de rango estatutario a las específicas garantías consagradas en la Carta Europea de Autonomía Local. En consecuencia, solo en el caso de Andalucía la CEAL ejercería una función de parámetro directo de control del legislador, toda vez que dicho artículo 89.2 hace suyo su entero contenido, transustanciándose sus previsiones en norma estatutaria.

#### 4. Conclusiones

1.ª) La jurisprudencia constitucional no ha distinguido entre una diferente naturaleza cualitativa de las autonomías municipal y provincial *ex Constitutione*. La doctrina constitucional se ha construido, pues, hasta la fecha, genéricamente en torno a la autonomía local en su conjunto.

2.ª) Allá donde el Tribunal Constitucional ha aplicado de modo singular a las provincias dicha doctrina general, para reconocer una interferencia singularmente penetrante e incisiva de otros niveles de gobierno (el autonómico), se ha fundamentado en las expresas previsiones de los correspondientes estatutos, que es-

38. Y, por ejemplo, la STS de 13 de marzo de 1999 (Fundamento de Derecho Quinto) recurre a los artículos 3 y 4 de la CEAL para apuntalar la idea de que la autonomía reclama la ausencia de controles de oportunidad sobre las entidades locales.

39. De acuerdo con esta disposición: “Una parte al menos de los recursos financieros de las entidades locales debe provenir de ingresos patrimoniales y de tributos locales respecto de los que tengan la potestad de fijar la cuota o el tipo dentro de los límites de la ley”.

40. FRANCISCO VELASCO CABALLERO: *Derecho Local*, cit., *ibidem*.

41. Sobre este fenómeno de “europeización” de la autonomía local en los nuevos estatutos, véase M. MEDINA GUERRERO: “La internacionalización de la Constitución territorial del Estado autonómico”, en *Derecho Constitucional Europeo* (Ugartemendía/Jáuregui, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 86-90.

tablecían o prefiguraban la medida normativa pretendidamente lesiva de la autonomía provincial (especialmente, SSTC 27/1987 y 109/1998). Ante la tesitura de tener que declarar la inconstitucionalidad del Estatuto mismo, el Tribunal Constitucional se ha visto impelido a declarar la inaplicabilidad de la Ley de bases de régimen local, o a realizar una ciertamente forzada lectura conforme a esta Ley de la norma impugnada. No es, pues, directa e inmediatamente la Constitución la que presupone esa lectura más estricta de la autonomía provincial, sino la norma estatutaria.

3.ª) Los nuevos estatutos extienden a las provincias buena parte de las garantías que ahora se incorporan para fortalecer la autonomía de los Gobiernos locales. Sin embargo, no han supuesto ninguna mejora en la contención de los excesos coordinadores autonómicos de los que ya adolecían las versiones iniciales de algunos estatutos. En estas circunstancias, la legislación básica –cuya función configuradora del alcance de la autonomía local se ha visto reafirmada en la STC 31/2010– está llamada a desempeñar un relevante papel homogeneizador de tales facultades coordinadoras y, con ellas, del nivel de la autonomía provincial en todo el territorio estatal. ■

---

# El área metropolitana en el ordenamiento jurídico español

Francisco Toscano Gil

*Profesor ayudante doctor de Derecho Administrativo  
de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

1. Las áreas metropolitanas como agrupaciones de municipios
2. El marco constitucional y legal de las áreas metropolitanas: Constitución Española, estatutos de autonomía, Ley reguladora de las bases del régimen local y legislación autonómica
3. Opciones de configuración legal: área metropolitana territorial y área metropolitana institucional
4. El fracaso del área metropolitana en España
5. Conclusiones

## Resumen

Este estudio analiza la figura del área metropolitana en el ordenamiento jurídico español, en el que se configura como una agrupación forzosa de municipios, lo que tiene importantes consecuencias sobre su régimen jurídico, y explica, en cierta medida, el fracaso de esta fórmula de organización administrativa. El área metropolitana es una entidad local de carácter dispositivo, cuya existencia y cuya configuración final son decisión del legislador autonómico. El fracaso del área metropolitana se compensa con la utilización de técnicas jurídicas alternativas, que no se han diseñado inicialmente para este fin, pero que están resultando igualmente útiles y eficaces.

Palabras clave: *área metropolitana; Gobierno local; comunidad autónoma; autonomía local.*

## Abstract

*This study analyzes the figure of the metropolitan area in the Spanish Law, which defines it as a forced grouping of municipalities, which has important implications for their status, and explains to some extent, the failure of this formula of administrative organization. The metropolitan area is a dispositive local authority, whose existence and definitive configuration is up to the regional government. The failure of metropolitan area can be solved by the use of alternatives legal techniques that were not initially designed for this purpose, but are proving themselves equally useful and effective.*

*Key words: metropolitan area; local government; autonomous community; local autonomy.*

## 1. Las áreas metropolitanas como agrupaciones de municipios

El *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España*, elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas en el año 2005, puso el acento en su momento en la necesidad de distinguir entre las agrupaciones y las asociaciones de municipios. En su análisis de la intermunicipalidad en España, diferenciaba claramente entre las áreas metropolitanas y las comarcas, entes intermunicipales creados por las comunidades autónomas “en uso de sus competencias sobre ordenación territorial y régimen local”, y las mancomunidades, “entidades intermunicipales que tienen carácter voluntario”.<sup>1</sup>

La trascendencia de esta distinción ha sido subrayada también de forma reiterada por un sector destacado de la doctrina administrativista española (Morillo-Velarde Pérez,<sup>2</sup> Galán Galán<sup>3</sup>), que ha querido resaltar las consecuencias que tiene para el régimen jurídico de estas entidades su configuración como una agrupación o una asociación de municipios. En la medida en que uno y otro tipo de entidades tienen un fundamento bien distinto, este implica necesariamente importantes diferencias de régimen jurídico según nos encontremos ante uno u otro tipo de ente.

Así, las asociaciones de municipios, entre las que se encuentran las mancomunidades y los consorcios, se configuran como una fórmula asociativa de carácter voluntario, cuyo fundamento se asienta sobre la potestad de autoorganización y el derecho de asociación de las entidades que los constituyen, y, en lo que hace a las entidades locales, en última instancia, en la autonomía local constitucionalmente reconocida.

Por el contrario, las agrupaciones de municipios, categoría en la que habría que incluir a comarcas y áreas metropolitanas, se caracterizan por ser, en menor o mayor medida, una imposición autonómica, concebida como un límite a la autonomía municipal, que se justifica en la concurrencia de razones de interés general de corte supralocal, que son las que hacen necesaria y oportuna la decisión autonómica.

Esta operación de agrupación forzosa de municipios para la creación de una nueva entidad, que en el caso de las áreas metropolitanas ha de adoptarse necesariamente mediante ley, se fundamenta en gran parte en la potestad de organización de la comunidad autónoma, así como, en el caso de que se decida configurarla como una entidad territorial, en las competencias sobre organización territorial de esta.

Las mancomunidades y los consorcios, como asociaciones de municipios, se insertan en el cuadro de las técnicas de cooperación interadministrativa existentes en nuestro ordenamiento, por lo que se basan en la voluntariedad, creándose mediante convenio. Sin embargo, el área metropolitana, como agrupación de municipios, se inserta entre las llamadas técnicas de coordinación forzosa, por tanto, tiene carácter obligatorio, y requiere de ley para su creación.

Esta distinción también ha sido asumida recientemente por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, que la recoge expresamente en el último apartado de su Exposición de Motivos, extrayendo de ella importantes consecuencias que inciden sobre el enfoque adoptado por el legislador andaluz al regular estas figuras.

## 2. El marco constitucional y legal de las áreas metropolitanas: Constitución Española, estatutos de autonomía, Ley reguladora de las bases del régimen local y legislación autonómica

La Constitución Española de 1978 no reconoce expresamente la figura del área metropolitana. A pesar de ello, constituye un lugar común entre la doctrina española sostener que el fundamento para que el legislador pueda regular y constituir áreas metropolitanas se encuentra en los artículos 141.3 y 152.3 del texto constitucional.

Ambos preceptos se ubican dentro del Título VIII de la Constitución Española, “De la organización territorial del Estado”. El artículo 141.3 CE, que pertenece

1. Siguiendo, a su vez, las recomendaciones del *Informe de los expertos del Consejo de Europa sobre el borrador del Libro Blanco*, como puede verse en el *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España*, elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005, p. 77 y 78.

2. Cfr. MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., “Áreas Metropolitanas”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo I, A-G, Iustel, Madrid, 2005, p. 238.

3. Cfr. GALÁN GALÁN, A., “La organización intermunicipal en los Estatutos de Autonomía. Comunidades Autónomas y Gobiernos Locales”, en ZAFRA VÍCTOR, M. (coord.), *Relaciones institucionales entre Comunidades Autónomas y Gobiernos Locales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, p. 84-86.

al Capítulo II, "De la Administración local", se incluye como un apartado más dentro del precepto constitucional en el que se regula la provincia como entidad local determinada por la agrupación de municipios. En este precepto se establece que "se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia".

Por su parte, el artículo 152.3 CE, situado dentro del Capítulo III, "De las comunidades autónomas", aparece como el tercer apartado de un precepto en cuyo apartado primero se recoge la organización institucional que deberá precisarse en los estatutos de autonomía de aquellas comunidades autónomas que se constituyan por la vía del 151 CE, y en cuyo apartado segundo se regula el procedimiento de reforma estatutaria de las mismas. En el artículo 152.3 CE se dice que "mediante la agrupación de municipios limítrofes, los estatutos podrán establecer circunscripciones territoriales propias, que gozarán de plena personalidad jurídica".

La doctrina ha discutido largamente sobre las posibilidades que ofrecen estos preceptos, tanto por razón de su contenido como de su ubicación sistemática. A fecha de hoy, la cuestión parece resuelta, y, más allá de posibles diferencias de matiz entre ambos artículos, se entiende que, partiendo de ellos, puede el legislador crear entidades locales distintas de las garantizadas constitucionalmente por el Título VIII de la Constitución.

De hecho, así ha venido haciéndolo nuestro legislador postconstitucional, sin perjuicio de que, como también se ha señalado (Entrena Cuesta,<sup>4</sup> Martín Mateo<sup>5</sup>), sea también posible crear entidades locales, más allá del Título VIII de la Constitución, sin la habilitación expresa de los artículos 141.3 y 152.3 CE.

Entre las entidades locales que pueden encontrar su fundamento en estos preceptos constitucionales, que no están dotadas de garantía constitucional, y que son de configuración legal, estarían las áreas metropolitanas.

Por su parte, los estatutos de autonomía, en el contexto de las competencias asumidas sobre régimen local y organización territorial por las comunidades autónomas, han institucionalizado en muchos casos, aunque no en todos, la figura del área metropolitana, utilizando para ello fórmulas bien diversas, que pue-

den sistematizarse, siguiendo a Orduña Prada,<sup>6</sup> en las cuatro categorías que exponemos a continuación:

1) Estatutos de autonomía en los que no hay referencia alguna a la posibilidad de crear áreas metropolitanas, no siendo posible siquiera basarse en la mención a las agrupaciones de municipios de los artículos 141.3 y 152.3 CE, puesto que esta no existe en el texto o se ha ejercido decantándose por una opción distinta. Son los casos de los estatutos de Cantabria, Canarias, Navarra, e Illes Balears.

2) Estatutos de autonomía en los que, aun no habiendo mención expresa a las áreas metropolitanas, se refleja la habilitación de los artículos 141.3 y 152.3 CE, mediante referencia a las agrupaciones de municipios, o a la existencia de un nivel supramunicipal; en cualquier caso, sin cerrarse a un concreto tipo de ente local, formulando la previsión de forma abierta. Esto es lo que pasa con los estatutos del País Vasco y Madrid.

3) Estatutos de autonomía en los que, aun no habiendo referencia expresa a las áreas metropolitanas, la fórmula de los artículos 141.3 y 152.3 CE se ha acogido en varios sentidos, incluyendo la mención a la posibilidad de crear "agrupaciones basadas en hechos urbanísticos y otros de carácter funcional con fines específicos", lo que permite incluir al área metropolitana en el supuesto de hecho de la norma. Son los estatutos de Galicia y Castilla-La Mancha.

4) Estatutos de autonomía en los que hay una mención clara y expresa a la posibilidad de crear áreas metropolitanas. Así se ha hecho en los estatutos de Cataluña, Asturias, Murcia, Valencia, La Rioja, Andalucía, Aragón, Castilla y León, y Extremadura.

En un principio, a la vista de esta regulación, podría decirse que en aquellas comunidades autónomas en las que el fenómeno metropolitano es un problema al que hay que dar una solución jurídica, se ha institucionalizado la figura del área metropolitana en el estatuto de autonomía. Pero lo cierto es que, más allá de este tipo de valoraciones, lo que hay es una tendencia constatable en las reformas estatutarias de los últimos años a incluir el área metropolitana en aquellos estatutos de autonomía en los que esta antes no estaba. A pesar de todo, lo cierto es que esta regulación estatutaria no

4. Cfr. ENTRENA CUESTA, R., "Comentario al artículo 141 CE", en GARRIDO FALLA, F., et al., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 2448.

5. Cfr. MARTÍN MATEO, R., *Entes locales complejos: mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas, áreas metropolitanas*, Trivium, Madrid, 1987, p. 19.

6. Cfr. ORDUÑA PRADA, E., "Las áreas metropolitanas", en CARBONERO GALLARDO, J.M. (dir. y coord.), *La intermunicipalidad en España*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005, p. 99 y 100.

ha supuesto en ningún caso grandes novedades respecto de lo establecido en la legislación estatal básica.

Además, la regulación estatutaria del área metropolitana no predetermina la utilización real de esta figura, que, en la mayoría de los casos, no ha sido luego usada por la comunidad autónoma. Así, aunque ha sido bastante usual la regulación autonómica de las áreas metropolitanas a través de las leyes de régimen local, lo cierto es que, finalmente, raras han sido las ocasiones en las que se ha cerrado la operación con la creación efectiva de estas entidades mediante ley.

Por otro lado, la regulación autonómica de las áreas metropolitanas debe respetar la regulación estatal básica, contenida en el artículo 43 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante LBRL). Reproducimos el contenido del precepto, ubicado en el Título IV de la Ley, "Otras entidades locales", para pasar a exponer a continuación algunas consideraciones de interés sobre esta norma, que dice exactamente lo que sigue:

"1. Las comunidades autónomas, previa audiencia de la Administración del Estado y de los ayuntamientos y diputaciones afectados, podrán crear, modificar y suprimir, mediante ley, áreas metropolitanas, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos estatutos.

"2. Las áreas metropolitanas son entidades locales integradas por los municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras.

"3. La legislación de la comunidad autónoma determinará los órganos de gobierno y administración, en los que estarán representados todos los municipios integrados en el área; el régimen económico y de funcionamiento, que garantizará la participación de todos los municipios en la toma de decisiones y una justa distribución de las cargas entre ellos; así como los servicios y obras de prestación o realización metropolitana y el procedimiento para su ejecución".

La primera consideración que cabe hacer de la lectura de este precepto, especialmente de los apartados 1 y 2 del mismo, es que el área metropolitana se configura en la LBRL como una agrupación forzosa de municipios, lo que tiene importantes consecuencias sobre su régimen jurídico. Sobre esta cuestión no incidiremos más, puesto que ya ha sido tratada suficientemente al comienzo de estas páginas.

En segundo lugar, debe apuntarse que el área metropolitana es la respuesta específica de la LBRL a los problemas propios del fenómeno metropolitano, siendo el presupuesto de hecho que justifica su creación el indicado en el apartado 2 del artículo 43: la existencia de una gran aglomeración urbana entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras.

En tercer lugar, es importante destacar que el área metropolitana, como agrupación de municipios, se configura expresamente como una entidad local, lo que se deriva de este artículo 43, apartado 2, pero también del artículo 3.2.c) de la LBRL. La concepción del área metropolitana como entidad local encuentra sus antecedentes más próximos en el Decreto ley de 24 de agosto de 1974, por el que se crea la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona, así como en la Base 9.<sup>a</sup> de la Ley de bases del estatuto de régimen local de 19 de noviembre de 1975, que nunca se llegó a desarrollar en este punto.

La opción por configurar el área metropolitana como una entidad local tiene mucho que ver, según Bassols Coma,<sup>7</sup> con el reconocimiento constitucional del principio de autonomía local, y, por tanto, con asumir que lo metropolitano es un asunto fundamentalmente de interés local. Como en su momento señalara Fernández Rodríguez,<sup>8</sup> no puede perderse de vista que, cuando hablamos de un área metropolitana, estamos hablando de la ciudad real, de una ciudad cuyo ámbito territorial real excede de los límites administrativos fijados.<sup>9</sup> Por tanto, puesto que del gobierno de las ciu-

7. Cfr. BASSOLS COMA, M., "La administración de las grandes ciudades en España", en *Organización territorial del Estado (Administración local): Jornadas de Estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Vol. I*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985, p. 605 y 606.

8. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Áreas metropolitanas y descentralización", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Descentralización administrativa y organización política. Tomo III. Nuevas fórmulas y tendencias*, Alfaguara, Madrid, 1973, p. 646 y 650.

9. Como ha dicho también Morell Ocaña, el problema estriba en que "lo que hoy es la ciudad, como realidad social típica, no ha sido debidamente reflejado por el Derecho que la regula; en el ordenamiento pervive aún una imagen de la ciudad que ha pasado, casi, a las páginas de la historia porque la profunda evolución social del presente la ha ido paulatinamente borrando de la realidad viva". Cfr. MORELL OCAÑA, L., "La nueva Ley de Régimen Local. II. La supramunicipalidad", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 9, 1976.

dades es de lo que estamos hablando, se trata de un asunto eminentemente local.

En cuarto lugar, como ya se ha dicho, el área metropolitana no es una entidad local territorial constitucionalmente necesaria. Ni la Constitución garantiza su existencia, ni la LBRL la incluye en el listado de entidades locales territoriales del artículo 3.1, sino en el de entidades locales no necesarias del artículo 3.2, lo que Santamaría Pastor<sup>10</sup> ha llamado entidades “de régimen especial o de existencia meramente potestativa”. Por tanto, el área metropolitana es una entidad local no necesaria, o de carácter dispositivo, que existirá cuando el legislador autonómico opte por crearla, y cuya configuración final como ente de naturaleza territorial o institucional dependerá en última instancia del diseño establecido por este.

En quinto lugar, el área metropolitana, como el resto de las entidades locales de carácter dispositivo, se encuentra, según conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre, F.J. 4.º), sujeta a un alto grado de interiorización autonómica. Lo que quiere decir que “estas entidades, en efecto, entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las comunidades autónomas que dispongan de la correspondiente competencia (...) por lo que, en la determinación de sus niveles competenciales, el Estado no puede sino quedar al margen. Corresponde, pues, en exclusiva a las comunidades autónomas determinar y fijar las competencias de las entidades locales que procedan a crear en sus respectivos ámbitos territoriales”.

Con esta última consideración, y también con la anterior, entramos ya de lleno en el análisis del papel del legislador autonómico en la regulación y creación de las áreas metropolitanas. Como puede verse, sin perjuicio de las prescripciones estatales básicas, que han de respetarse por el legislador autonómico, el régimen jurídico de las áreas metropolitanas se entrega casi por completo a este. Por tanto, el Parlamento autonómico puede decidir si regula o no las áreas metropolitanas, el régimen jurídico que otorga a estas, y la concreta creación de cada una de ellas.

De la literalidad del artículo 43.1 LBRL, resulta que corresponde a la comunidad autónoma la com-

petencia en orden a “crear, modificar y suprimir” áreas metropolitanas, cosa esta que habrá de hacer “mediante Ley”. El legislador autonómico goza así de libertad a la hora de decidir si crear o no áreas metropolitanas, y, en caso de hacerlo, en orden a la modificación del régimen jurídico de las mismas, así como a su supresión. Esta reserva de ley es, en todo caso, una reserva de ley del Parlamento, exigiéndose siempre para la creación, modificación y supresión de áreas metropolitanas una ley formal del Parlamento.<sup>11</sup>

El fundamento de esta reserva de ley se encuentra, según Morillo-Velarde Pérez,<sup>12</sup> en la propia naturaleza de las áreas metropolitanas, en cuanto “se insertan preferentemente en el marco de las exigencias de la coordinación, pues constituyen un fenómeno de habilitación de potestades (...) condicionantes del ejercicio de las competencias municipales, impuesto imperativamente”.

Por otra parte, debe decirse que no es preceptiva una ley general que regule con carácter previo el régimen jurídico de las áreas metropolitanas en la comunidad autónoma, sino que puede procederse directamente a su creación y regulación mediante una ley *ad hoc*.

En lo que hace al contenido de la legislación autonómica reguladora de las áreas metropolitanas, el legislador estatal básico es bastante generoso al respecto, dejando un amplio espacio de regulación para el legislador autonómico, en la línea de la jurisprudencia constitucional antes citada.

De esta manera, el artículo 43.3 LBRL, con muy pocos condicionantes, remite a la determinación por ley autonómica de los siguientes aspectos: órganos de gobierno y administración, en los que estarán representados todos los municipios, régimen económico y de funcionamiento, que garantizará la participación de todos estos en la toma de decisiones y una justa distribución de las cargas, así como los servicios y obras de prestación o realización metropolitana y el procedimiento para la ejecución de los mismos. La remisión no acaba ahí, puesto que el artículo 4.2 LBRL remite también al legislador autonómico para que concrete cuáles de las potestades enumeradas en el artículo 4.1 LBRL serán de aplicación a las áreas metropolitanas.

10. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p. 527 y 528.

11. Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Las áreas metropolitanas*, Instituto García Oviedo, Civitas, Madrid, 1993, p. 212 y 213.

12. Cfr. MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., “Áreas Metropolitanas”, *op. cit.*, p. 238 y 239.

### 3. Opciones de configuración legal: área metropolitana territorial y área metropolitana institucional

Como ya se ha dicho, el área metropolitana es un ente de configuración legal, correspondiendo el diseño final de la misma en cada comunidad autónoma al legislador propio de esta, con el respeto de lo establecido en las bases estatales reguladoras de esta materia. En este punto, debe advertirse que las bases estatales, en lo que hace a las áreas metropolitanas, son eminentemente abiertas y flexibles, habiéndose dejado un amplio espacio de regulación propia al legislador autonómico, al que se entrega casi por completo el régimen jurídico de esta materia. Lo que, como también se ha dicho ya, resulta del todo punto coherente con el alto grado de interiorización autonómica al que está sometida la misma, según conocida doctrina constitucional.

Por tanto, respetando los condicionantes básicos estatales, que ya han sido expuestos en estas páginas, el legislador autonómico puede configurar el área metropolitana, en el caso de que opte por regularla, dentro de un margen de disponibilidad muy grande, que no prejuzga, en principio, el carácter territorial o institucional de la Administración resultante, siendo ambas opciones posibles, como ha defendido siempre Barrero Rodríguez.<sup>13</sup>

Por tanto, las áreas metropolitanas pueden adoptar, en la ley que las regule, tanto la forma de una Administración Pública territorial o general, con vocación de generalidad de fines y potestades, como la forma de una Administración Pública institucional o especializada, caracterizada por la especialidad de sus funciones y por la clara delimitación de sus fines y potestades, que serán solo las estrictamente necesarias para el cumplimiento de sus fines.

En el primero de los casos, el fundamento de la creación del área metropolitana se encuentra claramente en las competencias sobre organización territorial de la comunidad autónoma, dada la incidencia que la creación de un ente de este tipo tiene sobre la distribución del poder público en el territorio autonómico. En el segundo, su fundamento reside, sin más, en la potestad de organización de la comunidad autónoma, que le permite crear entes instrumentales.

Solo cuando se opte por configurar al área metropolitana como una Administración Pública de tipo territorial o general, puede calificarse a esta de Gobierno local intermedio. Mientras que cuando se la defina como una Administración institucional o especializada, dadas sus limitaciones como ente instrumental, no podemos hablar de otra cosa que de ente local intermedio.

En el supuesto de que se decida crear el área metropolitana como una entidad territorial, el límite de las competencias y facultades a asumir por esta, estaría en todo caso en el desconocimiento del núcleo competencial propio de municipios y provincias, vinculado a la autonomía local garantizada por la Constitución, y, en su caso, por el estatuto de autonomía, y por aquellas leyes que asuman una función de garantía de esta.

Sea como sea, las dos opciones de configuración legal expuestas son posibles en nuestro ordenamiento, habida cuenta del carácter abierto de los preceptos básicos estatales, que no parecen decantarse claramente por uno u otro modelo de Administración Pública, dejando esta cuestión al albur del legislador autonómico. De hecho, estos son los dos modelos vigentes en nuestro Estado, como puede constatarse del análisis de las tres únicas áreas metropolitanas que existen.

Por un lado, el Área Metropolitana de Barcelona, configurada por Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona, como "un ente local supramunicipal de carácter territorial" (artículo 1.2), que, en su calidad "de Administración Pública de carácter territorial y en el ámbito de sus competencias, tiene las potestades establecidas para los entes públicos locales territoriales en la legislación de régimen local" (artículo 3.1).

Por otro, las dos entidades metropolitanas sectoriales o funcionales del área metropolitana de Valencia: la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos de Valencia y la Entidad Metropolitana para el Tratamiento de Residuos de Valencia, creadas ambas por la Ley 2/2001, de 11 de mayo, de creación y gestión de áreas metropolitanas en la Comunidad Valenciana (disposiciones adicionales primera a tercera).

Estas otras áreas metropolitanas, cuya regulación actual se encuentra en los artículos 73-87 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana, además de en las disposiciones de la Ley 2/2001 que esta no ha derogado,

13. Cfr. BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Las áreas metropolitanas*, op. cit., p. 80-85.

responden a un modelo bien distinto de Administración metropolitana, que hasta hace poco era también el vigente en Barcelona. Se trata de lo que se ha dado en llamar el modelo de área metropolitana funcional, en cuanto se configuran como entidades sectoriales, limitadas a la prestación de un concreto servicio público metropolitano, con caracteres más cercanos a los de una Administración Pública institucional o especializada.

La tesis expuesta, que el artículo 43 LBRL permite al legislador autonómico optar por ambos tipos de ente metropolitano, territorial o institucional, ha sido matizada por Sánchez Blanco.<sup>14</sup> Este autor defiende que, aunque es cierto que la LBRL admite ambos modelos de Administración metropolitana, ambos no entran dentro de la letra del artículo 43 LBRL, siendo así que, en cualquier caso, las entidades metropolitanas sectoriales, como las valencianas, caben dentro de la LBRL, no porque respondan al esquema del artículo 43 LBRL, sino por el carácter abierto del listado de entidades locales contenido en el artículo 3.2 LBRL.

En nuestra opinión, llevado este razonamiento hasta sus últimas consecuencias, ello supone admitir que el artículo 43 LBRL está pensado únicamente para una Administración metropolitana territorial, o, al menos, una Administración con cierta vocación de generalidad de fines sobre el espacio metropolitano; incluso, si se quiere, puede hablarse de Administración institucional pluricompetencial. Pero, desde luego, lo que en ningún caso cabe aceptar bajo este planteamiento es que el artículo 43 LBRL ampare la creación de entidades metropolitanas sectoriales de corte institucional como las valencianas.<sup>15</sup>

Para llegar a esta conclusión basta con analizar los antecedentes más directos del artículo 43 LBRL, la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona de 1974 y las entidades municipales metropolitanas de la Ley de bases del estatuto de régimen local de 1975, Administraciones Públicas que en nada se parecen a las entidades metropolitanas funcionales del área de Valencia.

De todas formas, se enfoque la cuestión de uno u otro modo, el resultado es el mismo: la admisión en nuestro ordenamiento de ambos tipos de Administraciones metropolitanas. Siendo esto así, creemos que la principal diferencia, si se sigue esta última tesis, estaría en la no sujeción de las entidades metropolitanas institucionales sectoriales a los requisitos básicos del artículo 43 LBRL, con una entrega total del régimen jurídico de estas al legislador autonómico.

A pesar de ello, tampoco se generarían grandes diferencias de principio en el régimen jurídico de estas entidades metropolitanas, si se toman como referencia los condicionantes básicos del artículo 43 LBRL, habida cuenta de los términos en los que está redactado este precepto, que dice pocas cosas, y lo hace de forma abierta y flexible, de tal modo que aquello a lo que obliga tampoco es que sea mucho. Por otro lado, lo cierto es que sus prescripciones resultarán igualmente aplicables a las entidades sectoriales, pero por derivarse directamente de importantes principios constitucionales, entre otros, los que resultan de la configuración de nuestro Estado como un Estado democrático territorialmente descentralizado.<sup>16</sup>

#### 4. El fracaso del área metropolitana en España

A más de 25 años de vigencia de la Ley reguladora de las bases del régimen local de 1985, en la que, como hemos expuesto, se construía el área metropolitana como la solución específica del legislador básico estatal a los problemas propios del fenómeno metropolitano, la realidad nos muestra que solo puede hablarse de fracaso de esta técnica jurídica.

Que en un país eminentemente urbano como el nuestro, con importantes áreas metropolitanas o en proceso de metropolización, que no se limitan a las de Valencia y Barcelona, la fórmula del artículo 43 LBRL solo se haya utilizado en estas dos áreas metropolitanas, no es buena señal. Es evidente que algo no ha funcionado.

14. Cfr. SÁNCHEZ BLANCO, A., *Organización intermunicipal*, Iustel, Madrid, 2006, p. 87 y 88.

15. Aun con estas disquisiciones doctrinales, debe reconocerse que el modelo de las llamadas entidades metropolitanas sectoriales ha sido ya aceptado por el Tribunal Supremo, que lo entiende compatible con el artículo 43 LBRL. Así, según Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1998 (F.J. 11.º), "del artículo 43.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, que es el precepto más explícito en esta materia, no se deduce para nada que se haya de crear un solo ente local metropolitano para gestionar conjuntamente los servicios de transporte público de viajeros y los servicios de tratamiento y evacuación de aguas residuales y de residuos".

16. Este mismo planteamiento ha sido desarrollado en TOSCANO GIL, F., *El fenómeno metropolitano y sus soluciones jurídicas*, Iustel, Madrid, 2010, en especial, p. 133-135.

Este fracaso se explica, fundamentalmente, por la configuración del área metropolitana como instrumento de coordinación interadministrativa, que la comunidad autónoma impone por la fuerza a las entidades locales, careciendo de las notas de la voluntariedad y la flexibilidad que requiere hoy día la solución de lo metropolitano. Esto ha hecho que se trate de una técnica poco querida por nuestros municipios. Lo que, indudablemente, se ha tenido presente, sabedores todos de que la imposición de un modelo por la fuerza está llamado a fracasar, en cuanto genera notables disfunciones y termina desembocando en la ineficacia del sistema.

La renuencia municipal puede explicarse desde una doble perspectiva, en la que cabe pensar que ha tenido alguna influencia el modelo histórico español de entidad metropolitana.<sup>17</sup> Por un lado, está claro que existe un cierto miedo a que se produzca una nueva centralización de lo metropolitano, ahora hacia la Administración autonómica, instancia territorial superior que impone la solución a adoptar. Por otro lado, cabe detectar un cierto recelo del municipio a perder peso específico, bien porque este pueda diluirse en el nuevo ente, en el caso de los municipios de mayor población, bien porque pueda resultar fagocitado por otro municipio mayor, en el caso de los municipios de menor población.

Pero no solo los municipios se han mostrado reticentes a la utilización del área metropolitana, tampoco las comunidades autónomas, principales responsables de adoptar esta medida, han querido su implantación. Más preocupadas por salvaguardar su espacio de poder propio, las comunidades autónomas parecen haber asumido la competencia para crear áreas metropolitanas con la vista puesta en no crearlas, o, incluso, en eliminarlas, allí donde estas pudieran suponer un contrapoder político local generador de enfrentamientos con las instancias autonómicas.

Independientemente de que el contexto político pueda explicar el fracaso del área metropolitana, lo cierto es que solo podemos seguir avanzando si en vez de proceder por la vía de la negación, aceptamos el fracaso de este instrumento jurídico, y nos ponemos manos a la obra en diseñar nuevas fórmulas imaginativas que

permitan abordar eficazmente los problemas existentes en atención a las demandas de la sociedad, cumpliendo con el papel que se le reserva al Derecho.

## 5. Conclusiones

Constatado el fracaso del área metropolitana en nuestro país, debemos preguntarnos si esto significa que no se esté dando solución jurídica a los problemas propios del fenómeno metropolitano en las áreas metropolitanas en las que no se ha implantado la fórmula del artículo 43 LBRL.

Ni mucho menos esto es así. La realidad metropolitana es tozuda y termina por imponerse. Lo que el Derecho no ha sido capaz de solventar mediante la técnica del artículo 43 LBRL, la sociedad ha decidido que se solucione mediante otras fórmulas jurídicas distintas de la prevista inicialmente por el legislador básico estatal para este fin.

Así, en la práctica lo que funcionan son técnicas alternativas de solución de lo metropolitano, que no se han diseñado en principio para ello, pero que se están utilizando a estos efectos, demostrándose igualmente útiles y eficaces. De entre estas fórmulas alternativas, de diferente naturaleza y alcance, pueden referirse las siguientes: las fórmulas asociativas de entidades locales (mancomunidades de municipios y consorcios), la asunción de funciones metropolitanas por el nivel local supramunicipal (como la provincia, la isla, o la comarca), la asunción de funciones metropolitanas por el nivel autonómico (que es el caso del área de Madrid),<sup>18</sup> la planificación metropolitana (especialmente, los planes de ordenación del territorio, pero también, a otro nivel, los planes estratégicos), y los convenios interadministrativos.<sup>19</sup>

Especial importancia cobran, por razón de su proliferación, las fórmulas asociativas de entidades locales, tales como las mancomunidades de municipios y los consorcios. Por razón de su voluntariedad y flexibilidad, mancomunidades y consorcios han demostrado ser más útiles y eficaces que las áreas metropolitanas en la solución de los problemas propios del fenómeno metropolitano, siendo esto lo que, en última instancia,

17. Vid. SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho Local*, 9.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 135.

18. Vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J., *Madrid: área metropolitana, gran ciudad, capital del Estado y de su respectiva comunidad autónoma*, Colex, Madrid, 2005.

19. Para un análisis en detalle de las diversas fórmulas jurídicas, vid. TOSCANO GIL, F., *El fenómeno metropolitano y sus soluciones jurídicas*, op. cit., p. 242-282.

explica su éxito y justifica su utilización. Aunque pueda acusarse su sectorialidad como una de las principales carencias de este modelo de Administración metropolitana, lo cierto es que se trata de una característica de la que tampoco se libran la mayoría de las áreas metropolitanas españolas, esto es, las dos entidades sectoriales valencianas.

Los consorcios metropolitanos han resultado ser una fórmula especialmente idónea, porque, a diferencia de las mancomunidades, en las que solo pueden integrarse municipios, el consorcio está abierto también a Administraciones Públicas de naturaleza distinta a la municipal, como puedan ser la Administración autonómica, o la provincial, incorporándose al consorcio la diputación que gobierna y administra la provincia donde se ubica el área metropolitana de referencia. Así, el consorcio permite integrar en un mismo ente asociativo a todas las Administraciones Públicas con intereses metropolitanos. Lo que, desde el punto de vista de la cooperación interadministrativa, y del logro de una acción pública más coordinada y eficaz en el territorio, constituye una indudable ventaja.

Además, cuando el consorcio metropolitano se diseña como un consorcio local, y, por tanto, una entidad local, como es el caso, por ejemplo, de los consorcios metropolitanos de transporte andaluces, se asiste al reconocimiento implícito, por parte de la comunidad autónoma que asume el modelo, de que lo metropolitano es fundamentalmente un asunto de corte local, alcanzándose una fórmula de gestión más respetuosa con el principio de autonomía local. En esto, el modelo andaluz de consorcios metropolitanos se aparta netamente de otros modelos, como el catalán, que opta por configurar sus consorcios metropolitanos como consorcios autonómicos.

Por último, debemos detenernos, por razón del contexto en el que se sitúa este trabajo, en la asunción de funciones metropolitanas por el nivel local supramunicipal como posible fórmula de solución de lo metropolitano. Así, de entre las distintas entidades locales que en nuestro ordenamiento jurídico inciden sobre el nivel local supramunicipal, pensamos que es factible plantearse la posibilidad de que asuman funciones metropolitanas entes como la provincia, la comarca, o, incluso, en algunos casos, la isla.

Creemos que, en la medida en que el territorio de uno de estos entes venga a coincidir con el de un área metropolitana, bien podría el mismo desempeñar funciones de este orden. E incluso, aunque no coincida plenamente el ámbito territorial, bastará, según Font i Llovet,<sup>20</sup> con que las funciones metropolitanas se ejerzan únicamente sobre aquella parte del territorio que corresponda propiamente con el del área metropolitana, diseñando, en su caso, una organización interna diferenciada que proyecte sus funciones sobre esta.

En el caso de la provincia, esta última solución es coherente con la que la LBRL considera una de sus competencias propias en el artículo 36.1.c), que coincide en parte con las funciones metropolitanas, la competencia provincial de “prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal”.

Este tipo de soluciones que hemos expuesto en estas páginas resultan especialmente óptimas, porque, en principio, no requieren de nuevas superestructuras, como las que traería consigo un área metropolitana, sino que permiten aprovechar las ya existentes, evitando la duplicidad y el solapado de organizaciones administrativas en el territorio, tan caras para el ciudadano, cuya satisfacción constituye la razón de ser última del sistema.

En nuestra opinión, la solución del fenómeno metropolitano está en seguir avanzando por esta vía, de exploración y perfeccionamiento de fórmulas alternativas, sin cerrarse a una fórmula concreta, y abriéndose al juego del principio de diferenciación, que puede exigir soluciones diversas para cada área metropolitana. ■

20. Cfr. FONT I LLOVET, T., “La renovación del poder local: avances en la configuración jurídica e institucional del Gobierno Local”, en FONT I LLOVET, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 2001. Configuración jurídica de la autonomía local. Municipio y transformaciones sociales. Urbanismo e inmigración*, Diputación de Barcelona, Marcial Pons, Instituto de Derecho Público, Madrid, Barcelona, 2001, p. 32.

---

# Comentarios a algunos aspectos de los modelos de gestión de las organizaciones intermedias y prácticas de modernización de sus recursos humanos

José Vicente Cortés Carreres

*Jefe de Asistencia Municipal en Recursos Humanos y Modernización de la Diputación de Valencia*

Aurora Gómez Corell

*Diplomada en Gestión de Administración Pública*

## **1. Introducción**

## **2. La misión de la organización provincial. Maximizar el principio de cooperación**

## **3. El modelo de relación con los municipios**

## **4. El modelo de gestión pública provincial**

## **5. El ciclo de la gestión de las políticas públicas**

5.1. La definición político-administrativa del programa de cooperación

5.2. Identificación de las necesidades y demandas de los municipios

5.3. La implementación de la política de cooperación

5.4. La evaluación de las medidas y acciones desarrolladas

5.4.1. Observatorio de políticas y estrategias públicas de ámbito local. 5.4.2. Excelencia e innovación en la gestión

## **6. Algunas consideraciones**

## **7. La gestión de las personas en los Gobiernos intermedios y su papel en los municipios**

7.1. Cambio cultural

7.2. Orientación a la prestación de servicios

7.3. Liderazgo y dirección profesional

7.4. Énfasis en una política de recursos humanos

7.5. Prácticas para modernizar la gestión de los recursos humanos en la Administración local

7.5.1. Considerar los recursos humanos como factor clave y decisivo de la organización provincial. 7.5.2. Con-

formar un nuevo rol del gestor público de los recursos humanos en las organizaciones del sistema provincial.

Posicionar estratégicamente la función y la unidad de recursos humanos. 7.5.3. Descentralizar y desplegar la

función de recursos humanos. 7.5.4. Responsabilizar a todos los empleados públicos de sus objetivos y de los

resultados. 7.5.5. Implantar una gestión predictiva y flexible de los recursos humanos. 7.5.6. Prescripciones

para el diseño, análisis y clasificación de los puestos de trabajo, y la implantación de sistemas de gestión por

competencias. 7.5.7. Mejorar las prácticas de reclutamiento y selección. 7.5.8. Mejorar las prácticas de forma-

ción y desarrollo de los recursos humanos. 7.5.9. Prescripciones para el diseño de planes de motivación en la

Administración local. 7.5.10. Implantar o desarrollar la comunicación interna y el compromiso de los emplea-

dos. 7.5.11. Mejorar el desarrollo de carrera. 7.5.12. Implantar sistemas de evaluación del rendimiento y del

desempeño. 7.5.13. Implantar sistemas de información internos y de revisión y control. 7.5.14. Mejorar la ca-

lidad de la vida laboral. 7.5.15. Mejorar las formas directas e indirectas de participación en el empleo público

## **8. Conclusión final**

## Resumen

El liderazgo de las diputaciones supondrá nuevos retos donde se requerirán habilidades específicas y la capacidad para influir y movilizar a otras entidades como consecuencia de la gobernanza de comunidades en red. La aplicación de las políticas de cooperación necesita de un modelo de gestión, que debe ser el de gestión de políticas públicas con la aplicación sistemática de sus diversas fases. La especialización provincial requerirá, a su vez, un tipo de personal y una gestión de los recursos humanos capaz de responder a las necesidades demandadas por los ayuntamientos y acorde con el principio de actuación cooperativo. Esto último supone una gestión avanzada de las personas que trabajan en las organizaciones provinciales. En este artículo se señalan algunas de las orientaciones, en forma de recomendación, que son precisas e imprescindibles para este avance. Finalmente, señala el posicionamiento que las diputaciones deberían ejercer en el sistema local en materia de recursos humanos.

Palabras clave: *cooperación intermunicipal; liderazgo cooperativo; redes y clústeres; gobernanza; comunidades en red; gestión de políticas públicas.*

## Abstract

*The provincial leadership will bring new challenges which require specific skills and the ability to influence and mobilize other entities as a result of the governance of online communities. The implementation of cooperation policies needs a management model that should be the management of public policies with the systematic implementation of its various phases*

*Provincial specialization required, in turn, a type of staff and management of human resources capable of responding to the needs demanded by the municipalities and in accordance with the principle of cooperative action. The latter is an advanced management of people working in provincial organizations.*

*This article identifies some of the guidelines in the form of recommendations, which are accurate and necessary for this development. Finally, it indicates the positioning that the councils should exercise in the local system as for human resources.*

Key words: *intermunicipal cooperation; collaborative leadership; networks and clusters; governance; online communities; management of public policies.*

## 1. Introducción

En el actual escenario de crisis económica de amplio espectro, la reducción del gasto y el adelgazamiento de las Administraciones Públicas han colocado a las organizaciones intermedias, y especialmente a las diputaciones, en un escenario en el que son muy cuestionadas.

Las diputaciones durante las últimas décadas han sido el nivel de gobierno más débil, sufriendo una pérdida progresiva de funciones a favor de otros niveles. Sin embargo, la provincia como entidad territorial tiene una fuerte presencia e identidad para la ciudadanía y el resto de Administraciones, porque es una referencia esencial tanto para la Administración central y autonómica, como para la mayoría de partidos políticos con una estructura de poder provincial.

Será necesario reflexionar sobre las razones de diferente índole que no le han permitido un encaje definitivo en la estructura institucional, y sobre el porqué de la imposibilidad en el desarrollo de las potencialidades de la misma e incluso sobre la desviación de sus funciones propias hacia otras de difícil justificación. Se trataría, pues, de analizar aquellas cuestiones que han obstaculizado o limitado o “desviado” el sentido pleno de la institución provincial, de tal forma que en el futuro se aborde un proceso de reforma para reorientar y encajar la organización provincial en el entramado de los distintos niveles de gobierno.

Sin duda, el ser una Administración indirecta y de segundo nivel, ha contribuido a esa deriva. En el modelo de “democracia de competencia entre partidos”, el objetivo principal de estos reside en ganar las elecciones y en la maximización de los votos para obtener

---

1. DOWNS, A., *Teoría económica de la democracia*, Ed. Aguilar, Madrid, 1973. “Una teoría económica de la acción política en una democracia”, en COLOMER, J., *Lecturas de teoría política positiva*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, p. 263-298.

el poder (Downs, 1973, 1991).<sup>1</sup> Por ello, los partidos utilizan recursos en las instituciones en las que gobiernan para mantenerse en él. Las diputaciones, por su carácter de Gobierno intermedio, han sufrido, especialmente, esta deriva, y se han concebido muchas actividades “desviadas” de aquellas que les son propias.

Si atendemos a la percepción ciudadana podemos señalar sin temor a equivocarnos que, en general, la provincia despierta un profundo sentimiento de pertenencia, es explicativa de una parte importante de la identidad territorial que, sin embargo, no se corresponde con la notoriedad y percepción que se tiene de la misma como institución de gobierno. Los ciudadanos, o bien desconocen este nivel de gobierno, o no sienten ninguna inclinación por él, dado que no ven su utilidad. El reto es ganar la batalla a la percepción por la ciudadanía como una institución inservible, superflua, redundante, mantenida solo por razones de clientelismo político. Las organizaciones intermedias deben reinventarse, adquirir una renovada formulación y reorientar su modelo de relación con los Gobiernos locales.

El futuro y la legitimización de las organizaciones provinciales dependerán de la capacidad política de sus dirigentes, directivos y gestores para impulsar las competencias, servicios y actividades que tienen atribuidas, y así reafirmarse como elemento referencial y de coordinación en el sistema local ante los otros niveles y ante el público en general. Es insuficiente una legitimación por la vía legislativa, si no se complementa con el desarrollo de políticas públicas eficaces y eficientes que respondan a las necesidades de los municipios y de los ciudadanos. Esta legitimidad debe también adquirirse por la capacidad para solucionar los muchos y diversos problemas y por la aplicación de políticas adecuadas en el entorno local. La innovación y la diferenciación deberían incluirse en el discurso provincial.

## **2. La misión de la organización provincial. Maximizar el principio de cooperación**

Como se ha dicho reiteradamente, la garantía de que cualquier habitante, independientemente del lugar donde viva, tenga acceso a servicios de calidad, hace necesarios a los entes intermedios, estos deben cooperar con los municipios para que puedan ejercer sus competencias y además los Gobiernos locales puedan desarrollar sus políticas, supliendo la falta de capacidad de gran número de ellos. Las diputaciones tienen

como misión conseguir unos territorios equilibrados desde el punto de vista de la cohesión y vertebración territorial y social, del desarrollo económico, y del bienestar de todos los ciudadanos, independientemente del lugar donde habiten.

La acción de los ayuntamientos está determinada por su limitación territorial, que coincide normalmente con un núcleo habitado, pero en la sociedad actual, con unos límites difusos por sus interconexiones e interdependencias, se hace patente la imposibilidad de coincidencia entre los problemas de gestión de los servicios y los límites territoriales; no es ni rentable, ni posible una “gestión unimunicipal” y una individualización de los servicios básicos y fundamentales para cada municipio. Para hacer frente a estos problemas supralocales y aprovechar las economías de escala, se hacen necesarias las Administraciones intermedias. El afrontamiento conjunto de los problemas de nuestros pueblos y ciudades requiere la cooperación y la colaboración entre los Gobiernos locales; por tanto, el liderazgo cooperativo del sistema local debe estar encabezado por las diputaciones provinciales y sus equivalentes.

La razón fundamental de existencia de las diputaciones es su competencia para la cooperación local. En este cometido focal de su actuación las diputaciones están especializadas, su tradición es amplia, si bien cabría una más exhaustiva concreción en los ámbitos o asuntos y materias preferentes. En cualquier caso las diputaciones deben garantizar que los municipios dispongan de las capacidades necesarias para desarrollar sus competencias y políticas en un marco de solidaridad, de eficiencia y economías de escala.

Desde estas líneas se considera precisa una reorientación de las diputaciones provinciales para que ejerzan de auténticos espacios de centralidad cooperativa dentro del sistema local. Los municipios deben reconocer en las diputaciones un potente aliado y un recurso de alta eficacia para cuando no tengan capacidad suficiente, o en aquellos casos en los que quieran la mejora de la calidad de los servicios que prestan a sus ciudadanos. Su rol debe afincarse como referencia de todo lo que es local en el municipio, debe percibirse como el instrumento más eficaz al servicio de los municipios y para aquellas actuaciones en las que estos no tengan capacidad suficiente, y, también, como el instrumento de gestión común de servicios locales.

### 3. El modelo de relación con los municipios

En este apartado tratamos de establecer las características del modelo de relación entre ayuntamientos y Diputación, tomando como referencia que la cooperación es el principio sobre el que debe pivotar la relación de estos. Esta cooperación debe proporcionar los elementos básicos que permitan la capacitación de los municipios en la prestación de los servicios de su competencia.

Con el objeto de explicar adecuadamente este apartado nos remitimos al marco conceptual desarrollado por Dahl y Tufte (1973)<sup>2</sup> en lo que se refiere a aquella capacidad para resolver los problemas de los ciudadanos e implementar de manera efectiva las soluciones de los mismos. Estos autores entre otras dimensiones distinguen una, “la capacidad del sistema”, y distinguen cuatro tipos diferentes de capacidad que pueden afectar al sistema municipal:

1. La capacidad financiera. Muchos ayuntamientos pequeños y medianos se ven desbordados si atendemos a la complejidad de sus competencias; estos han ido respondiendo a necesidades de sus vecinos y ello ha complicado su gestión, al asumir cada vez más funciones y servicios. Este crecimiento en actividades, instalaciones e infraestructuras lleva aparejada la responsabilidad financiera para cubrir los gastos generados.

2. La capacidad para prestar servicios de calidad de manera eficiente. Se puede ver mermada porque la prestación “unimunicipal” supone un esfuerzo en recursos de los que no se dispone; en consecuencia, la prestación de estos se ve afectada en cantidad y calidad. Es obvio que la prestación individualizada de servicios, municipio a municipio, no cabe en una sociedad en crisis donde los recursos son escasos, por el contrario el enfoque debe orientarnos hacia una maximización de los mismos a través de alianzas, gestión y explotación compartida. Por ello, se hacen necesarias las economías de escala.

3. La capacidad profesional. Muchos ayuntamientos presentan problemas de profesionalidad en la realización de sus obligaciones, una plantilla reducida no puede especializarse hasta los niveles que exigen las funciones cada vez más complejas y complicadas. Este déficit de capacitación viene siendo suplido por muchas organizaciones provinciales, pero de manera tímida

da y en campos muy reducidos, sin acabar de explotar los recursos de los que disponen. Cabe en este nivel de capacitación una apuesta decidida y una ampliación de los ámbitos en los que se pueden prestar servicios profesionales desde las diputaciones.

4. La capacidad de implementación. Este sería el cuarto aspecto, que se refiere a las enormes dificultades que tienen los municipios en la implementación de la legislación y las políticas de los Gobiernos central y autonómico.

Es obvio que los déficits de capacitación afectan a la actividad municipal, y es aquí donde se concreta el modelo de relación de las diputaciones con los ayuntamientos: en cubrir los déficits de capacidad en los aspectos que sean, los cuatro mencionados u otros, y aplicar políticas de fortalecimiento de las capacidades municipales.

En el futuro convendría atender a lo que Stoker (2004)<sup>3</sup> denomina como “gobernanza de comunidades en red”, las diputaciones deberían adoptar el rol de líder comunitario, más que de proveedores directos de servicios, utilizando para ello una amplia gama de herramientas.

Este modelo de relación debería presentar algunas características:

1. Relaciones simétricas. Las relaciones actuales Diputación-ayuntamientos son asimétricas, no son de igual a igual. A nuestro juicio deberían ser simétricas, de socio a socio.

2. Relaciones proactivas. Los ayuntamientos presentan poco peso en la definición de las líneas de actuación provincial, son sujeto pasivo de estas. El rol municipal debería ser proactivo, estas líneas o ejes se construirían a través de las políticas públicas requeridas y demandadas por los ayuntamientos en un proceso *bottom-up* y no *top-down*.

3. Relaciones reticulares. Las relaciones son bidireccionales, con mayor carga en el sentido de Diputación-Ayuntamiento. En el futuro deberían tener la forma de red y pueden venir determinadas por distintos elementos como: por demandas similares, por ubicación, por tamaño, por focos de interés, etc.

4. Relaciones multimodales. Para explicarlas tomaremos el concepto de clúster.<sup>4</sup> En inglés, clúster

2. DAHL, R. y TUFTE, E., *Size and democracy*, Stanford, 1973.

3. STOKER, G., *The New Management Reform for British Local Government*, McMillan, 2004.

4. En el mundo industrial es una concentración de empresas, instituciones y demás agentes, relacionados entre sí por un mercado o producto; esto suele producir como efecto la generación de polos de conocimiento especializado con ventajas competitivas.

significa ramo, racimo o conglomerado; en general, conjunto de cosas iguales que se agrupan en torno a un punto común. En gestión empresarial se aplica a un conjunto de empresas concentradas en un mismo entorno geográfico y que desarrollan una actividad económica similar o pertenecen a sectores industriales relacionados entre sí. Las empresas del clúster cooperan para mejorar su competitividad y para alcanzar objetivos comunes. Un clúster puede ser identificado como: geográfico, en función de la cercanía, proximidad territorial, o por la facilidad de comunicación por sus infraestructuras; sectorial o temático, en función de los asuntos de que se ocupan (clúster cerámico, clúster tecnológico, etc.). En el caso del entorno local podríamos hablar de entidades municipales aglomeradas (clúster de ayuntamientos turísticos,<sup>5</sup> por ejemplo); vertical, es decir, un clúster de suministros en cadena; horizontal, que para las empresas supone una forma de compartir recursos y conocimientos. Lo mismo puede ser válido para el sistema local.

La gestión cooperativa debería incorporar la formación, gestión y coordinación de clústeres en el entorno local, y propiciaría una forma de funcionamiento que se muestra muy eficaz en el entorno empresarial y científico.

5. Relaciones flexibles. Cada red puede tener objetivos diferentes y miembros diferentes, en función de sus intereses en la gestión y prestación de los servicios y actividades.

6. Relaciones basadas en la autonomía local. Serían los ayuntamientos quienes definirían sus demandas y necesidades, quedando, pues, relegadas las políticas generalizadas de subvenciones o programas o planes más centrados en los intereses de la organización provincial que en los de los ayuntamientos.

La concertación es la herramienta clave en este modelo de relación donde los municipios demandan y expresan sus necesidades, y determinan qué instrumentos cooperativos de los ofertados requieren de la Diputación. La concertación, frente a la subvención, se muestra respetuosa con la autonomía local, y propicia e incentiva las políticas y programas priorizados desde los propios ayuntamientos. El modelo de relación mediante la concertación permitirá en el futuro el establecimiento de vínculos entre los

miembros de la red o clústeres que puedan generarse, la optimización y maximización de los recursos humanos, económicos, técnicos y materiales al aplicar economías de escala y una capacidad de respuesta más adecuada a las necesidades reales de los municipios, así como un mayor nivel de calidad en la prestación de los servicios.

En resumen, a las diputaciones hay que reconocerles el papel de liderazgo en estas redes, porque deben ser las responsables de organizar las agrupaciones y asociaciones estratégicas que establezcan, las prioridades globales una vez conocidas las necesidades y las demandas municipales, y, al mismo tiempo, deberán incluir en sus programas y actuaciones una decidida apuesta por las nuevas tecnologías de la información y comunicación, la construcción de amplias coaliciones municipales, el establecimiento de elevados niveles de gestión y una inversión eficiente y rigurosa de los fondos públicos.

#### 4. El modelo de gestión pública provincial

El modelo relacional expuesto más arriba requiere un sistema de gestión para poder operar adecuadamente, el sistema necesario se concreta en gestionar un aspecto concreto de lo público como es lo provincial en el sistema local, y ello no se aleja de lo que entendemos por gestión pública.

Según Allison (1982),<sup>6</sup> las tres funciones generales de la gestión pública son: La estrategia, la gestión de los elementos internos y la gestión de los elementos externos; todas ellas están a su vez integradas por funciones subsidiarias:

1. En la gestión estratégica se trata de establecer los objetivos y prioridades para la organización, basados en las necesidades formuladas por ayuntamientos y adecuadas a las capacidades de la organización provincial, en función de los recursos disponibles. Estos objetivos y prioridades deberán concretarse en planes operativos que conduzcan al logro de los mismos.

2. La gestión de los elementos internos. Se trata de establecer una estructura y unos procedimientos para la coordinación de sus actividades, así como también

5. Los clústeres turísticos se podrían definir por marco geográfico (comarcas, rutas) o por temas (turismo cultural, de naturaleza, gastronómico, etc.).

6. ALLISON, G., *Public And Private Administration*, Martin Press, 1982.

de establecer los recursos que los actores públicos utilizarán para conseguir los objetivos. Estos recursos son heterogéneos, y su peso puede variar en función de una política o de un plan u otro. Así se dispone de:

a) Los recursos normativos: el derecho constituye la fuente de legitimación de toda acción pública.

b) El personal o los recursos humanos: tanto en términos cuantitativos como cualitativos, las cualificaciones profesionales y la motivación del personal son cruciales en organizaciones como las provinciales.

c) Los recursos económicos: es impensable que una política pública pueda llevarse a cabo, adecuadamente, sin los medios financieros que se requieran.

d) Los recursos cognitivos: el conocimiento es uno de los elementos básicos en la capacidad de intervención de los actores públicos, y suele marcar la diferencia entre las distintas instituciones, aunque estas se ocupen de los mismos asuntos.

e) Los recursos de confianza: el consenso, la cooperación y concertación entre los distintos actores en cuanto a las modalidades de producción, los contenidos y la implementación, son un recurso primordial para desarrollar el modelo relacional entre Diputación y ayuntamientos.

3. La gestión de los elementos externos. Esta tercera función se centra en la relación de la organización con su entorno, en la tarea de gestionar los elementos externos. En este aspecto cobra especial relevancia la relación con los ayuntamientos, actores básicos del sistema provincial. El disponer del rol de líder de redes implica un conocimiento exhaustivo de nuestros interlocutores y sus necesidades y demandas.

## 5. El ciclo de la gestión de las políticas públicas

El modelo relacional basado en la cooperación simétrica se fundamenta en el ciclo de la gestión de las políticas públicas. La concertación, como principio de actuación de las políticas públicas relacionales entre Administración provincial y ayuntamientos, se interpreta (siguiendo en parte a Subirats, Knoepfel, Larrue y Varone, 2008)<sup>7</sup> “como un conjunto de decisiones y acciones que resultan de las interacciones de sus actores y se ven influenciadas por los recursos de que disponen y por las reglas generales (relativas al funcionamiento

global del sistema político) y específicas (propias del ámbito de intervención en cuestión)”. Así pues, la definición de política pública nos sirve para delimitar los aspectos definitorios del trabajo provincial.

Este trabajo debe consistir en un conjunto de decisiones y acciones para desarrollar los objetivos de la organización provincial, que resultan de una interacción entre ella y los ayuntamientos, y cuyo resultado final debería concretarse en un plan de cooperación marco y un conjunto de planes particularizados para cada uno de los actores municipales, con un alcance temporal plurianual, coincidente, en principio, con el periodo de mandato. La gestión de este enfoque requerirá cubrir una serie de etapas para su plena eficacia, es decir, la relación entre los actores debe fijar una serie de programas políticos, un despliegue, un control y evaluación de los mismos. La implantación de los programas de cooperación concertados debe seguir, en el trabajo conjunto de los actores, las etapas secuenciales de desarrollo de las políticas públicas:<sup>8</sup>

–En una primera fase, la producción política y normativa que las legitime. La definición, delimitación, identificación e inclusión de las necesidades, demandas y expectativas municipales.

–En la segunda, la programación reglamentaria de las acciones públicas.

–En la tercera, el despliegue de los planes o programas a través de las acciones acordadas.

–En la cuarta fase, medir y evaluar los resultados e impactos; y nosotros añadiríamos una subfase, consistente en aprender de lo realizado y mejorar la gestión.

Veamos con mayor atención el ciclo de la gestión pública.

### 5.1. La definición político-administrativa del programa de cooperación

Una vez decidida la renovación del compromiso cooperativo y colaborativo con los ayuntamientos, llegaría el momento de centrarse en cómo se aplica el modelo relacional planteado en las páginas anteriores, desde qué parámetros de actuación deberíamos implementarla y qué acuerdos deben adoptarse para el aseguramiento

7. J. SUBIRATS, P. KNOEPFEL, C. LARRUE y F. VARONE, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, 2008. En general en este apartado se seguirá el esquema de gestión de políticas públicas de estos autores.

8. Ídem.

to de su aplicación efectiva. Se trata, pues, de definir en qué bases reglamentarias y legales se van a sustentar los objetivos, los instrumentos de intervención y el marco general de actuación, así como las decisiones procesuales y de organización administrativa.

En esta etapa se debería incorporar el conjunto de normas y actos reglamentarios que se requerirán para la aplicación de la política de cooperación. Aquí se definirían, en términos de producción normativa, los objetivos a alcanzar, así como los derechos y obligaciones impuestas a las partes. Estas disposiciones deberían constituir la fuente de legitimidad primaria de la aplicación y concreción de la política de cooperación intermunicipal. Desde el punto de vista formal, debería existir un convenio marco para la adhesión de los distintos municipios de la provincia y todo el material normativo: directrices administrativas, disposiciones organizacionales y procedimentales para la implementación de esta política pública provincial.

La producción político-administrativa del programa de cooperación requerirá cinco elementos complementarios:<sup>9</sup> La definición de los objetivos que identifican y describen las metas perseguidas. Para ello necesitaremos indicadores que permitan medir los efectos, desde distintas perspectivas, de los programas o intervenciones realizadas; y aquí encontramos el segundo elemento complementario: la evaluación de los programas implantados.

El tercer elemento a considerar se identifica con aquellos aspectos que permiten la intervención; son, pues, elementos de acción u operación para alcanzar los objetivos previstos. Los instrumentos que se elijan permitirán una u otra modalidad de intervención, pero además estos instrumentos producen efectos distintos, y la sobrecarga de uno u otro provocará un decalaje en un sentido u otro, es decir, no es lo mismo una subvención, una asistencia técnica o una prestación directa.

De esta forma las diputaciones provinciales utilizan y en su caso podrán definir instrumentos como las transferencias de capital, el asesoramiento técnico, subvenciones, ayudas de carácter económico o no, instrumentos de cooperación técnica, económica, jurídica, promoción e incentivación de actividades y servicios, y cualquier otro instrumento cooperativo que pueda ser

aplicado. Resultaría muy adecuado, clarificador y operativo que los Gobiernos intermedios ofreciesen a los ayuntamientos menús o catálogos de servicios, actividades, inversiones, equipamientos e infraestructuras como posibles recursos a su disposición, si bien estos deben diseñarse en función de las demandas originadas en los propios municipios, evitando así el *gap* o desfase entre lo que realmente necesitan los ayuntamientos y lo que realmente se les ofrece desde las diputaciones.

Si no se dispone de ellas, será necesario articular las estructuras necesarias para la planificación, gestión, ejecución y control de las nuevas tareas, o asignarlas a servicios ya existentes. Estas deben ocupar un espacio organizativo muy próximo al ápice estratégico, ya que son unidades o servicios estratégicos y se dirigen a prestar servicios al objeto que da sentido a la organización provincial.

Para completar estos cuatro elementos necesarios en el programa político-administrativo, debemos señalar aquellos aspectos procedimentales que regularán el marco de relaciones entre actores, es decir, entre ayuntamientos y Diputación. En ambos casos se deberán respetar las formas y reglas de interacción, colaboración y cooperación, y deberán garantizar la transparencia en los intercambios de información de medios, de prestaciones financieras, de resultados, etc.

Una vez realizada la construcción político-administrativa, donde se han definido los distintos elementos que han enmarcado la decisión política, el siguiente paso consistirá en identificar las necesidades de los ayuntamientos y demás entidades locales.

## 5.2. Identificación de las necesidades y demandas de los municipios

Los Gobiernos locales definen el conjunto de acciones de su competencia que pretenden desarrollar en el ámbito territorial que les corresponde, y esto supone un esfuerzo de concreción e identificación. En consecuencia, los gobernantes locales desempeñarán un cierto rol de analista de políticas públicas, que pasará por determinar aquellas problemáticas o intereses municipales que deberán convertirse en una intervención concertada con la Diputación.

9. KNOEPFEL, P. y WEIDNER, H., "Formulation And Implementation Of Air Quality Control Programmes", *Policy and Politics*, 10, 1982.

En este sentido, las necesidades y demandas propuestas constituirán la concreción más tangible de las intenciones de las autoridades locales. No vamos a entrar aquí en por qué se eligen unos asuntos y no otros, eso es materia a tratar en otro lugar. Es obvio que los actores municipales proyectan sus propios elementos de análisis para determinar lo que consideran necesario. Baste con señalar que el hecho de trabajar en un marco de construcción de políticas públicas facilita la adopción de una perspectiva más analítica y racionalista, dado que no todo es posible y los recursos son limitados, el análisis de las necesidades requiere de una jerarquización y establecimiento de prioridades.

El marco competencial del sistema local delimita unos sectores de actuación, de tal forma que facilitará la identificación de problemas o necesidades en los ámbitos sectoriales, propiciando una elección de políticas que actuarán en diversos aspectos del municipio y para diferentes públicos.

Una vez se obtienen los agregados de las distintas demandas municipales, la organización provincial debería establecer un plan de actuación global, fijando las líneas estratégicas de intervención. En ese plan se deben considerar dos perspectivas, una de carácter global, donde se realiza un análisis del conjunto de todas las demandas formuladas, y otra diferencial, constituida por la relación de demandas individualizadas de cada Ayuntamiento. Del análisis de los datos se deducirá, como es obvio, la necesidad de establecer planes sectoriales, que vendrán originados porque expresarán necesidades comunes que requerirán un tratamiento distinto al individualizado, y obligará a la aplicación de políticas concretas de espectro más amplio que el municipal. En otras ocasiones se traspasará el ámbito municipal y su tratamiento requerirá un ámbito comarcal o subcomarcal. Asimismo, el estudio de las demandas nos llevará, sin lugar a dudas, a plantear economías de escala. Con este material se debería iniciar la planificación de las acciones.

### 5.3. La implementación de la política de cooperación

Aquí se trata de la puesta en práctica, de la traducción de lo programado a su despliegue y ejecución. Es, por tanto, el conjunto de actividades previstas en

la programación político-administrativa, que se despliegan para lograr los objetivos previstos, en principio en tres planes:

a) El alcance de la implementación debería extenderse, en general, a lo largo de los cuatro años de mandato, y los contenidos de implementación deberían fijarse en planes: uno de nivel global o plan marco o de mandato, propio del Gobierno provincial, donde se fijan las líneas estratégicas y las prioridades marco; y otros serían:

b) Los planes de acción municipales, concretos, elaborados y concertados, coordinadamente, entre Ayuntamiento y Diputación. Los planes municipales serán imprescindibles por ser el municipio la unidad básica de actuación, y contemplan el conjunto de servicios y acciones concertadas para la producción coordinada de los objetivos fijados, así como las acciones administrativas y la asignación de recursos requeridos.

c) Del análisis del global de las necesidades municipales y del conjunto provincial surgirán otros planes de carácter sectorial, como, por ejemplo: los planes de obras y servicios, planes de gestión medioambiental, planes rurales, planes de municipios turísticos, etc., cuyo ámbito es sectorial o temático, y de carácter superior al municipio.

### 5.4. La evaluación de las medidas y acciones desarrolladas

El proceso de evaluación consiste básicamente en medir, sistemáticamente, los impactos producidos por las medidas y las acciones desarrolladas, así como analizar el grado de consecución de los objetivos fijados en la fase de identificación de necesidades, pero además también será conveniente examinar a la luz de los resultados la validez del modelo relacional que se propugna. Generalmente, en el ámbito de las políticas públicas se distinguen tres criterios de evaluación:<sup>10</sup>

—La efectividad informa sobre los impactos producidos y si estos se producen en la dirección prevista en los planes de acción. La efectividad analiza lo que ha pasado en el territorio, en nuestro caso, al aplicar las políticas de cooperación.

—La eficacia mide el grado de cumplimiento de los objetivos y los planes.

10. BALLART, X., *¿Cómo evaluar programas y servicios públicos?*, INAP, 1992.

—La eficiencia nos informa sobre la relación entre los resultados obtenidos y los recursos utilizados.

También convendrá evaluar la calidad con la que prestamos nuestros servicios, mediante la evaluación de la calidad y la equidad. Esta última evaluación nos informará sobre si hemos sido equitativos en la distribución de recursos a los ayuntamientos o si, por el contrario, algunos reciben más inversiones o servicios que otros, y por qué. Una vez evaluadas las políticas provinciales, serán el punto de partida para una posterior replanificación y nueva programación, iniciando un ciclo nuevo.

#### 5.4.1. Observatorio de políticas y estrategias públicas de ámbito local

Con el objeto de consolidar el modelo de relación y los procesos evaluativos, la propia corporación debería constituir un foro u observatorio de políticas y estrategias públicas de ámbito local y un banco de buenas prácticas, con el objetivo de gestionar el capital experiencial y promover la transferencia de conocimientos, apoyar las mejores prácticas en diversos aspectos de las competencias propias de los municipios, creando redes de aprendizaje compartido con un marcado carácter intermunicipal.

#### 5.4.2. Excelencia e innovación en la gestión

El Plan de ayuntamientos guía (*Beacon Council Scheme* DETR), impulsado en 1999 en Gran Bretaña, produjo efectos muy positivos. Consiste en que cualquier Gobierno local puede solicitar que se le reconozca la excelencia de su gestión en un amplio abanico de áreas de gestión; los Gobiernos que se seleccionan se convierten en referencia de buenas prácticas de gestión. Algo similar, junto con otras muchas medidas, se podría impulsar desde los Gobiernos provinciales. Se trata de actuar en el campo del I+D, ámbito que parece totalmente ajeno y que no deba ser abordado por el propio sector público.

### 6. Algunas consideraciones

En síntesis, en estas líneas no se descubre nada nuevo, solo se considera necesario:

a) Una reflexión sobre el papel y el encaje de los Gobiernos intermedios en nuestro sistema local. Esta

reflexión debe fundamentarse en una maximización del principio de cooperación intermunicipal, extendiéndolo a todas las actividades y servicios. Ello supone una diferenciación y especialización de la organización provincial para ejercer el liderazgo cooperativo en su territorio, lo que de alguna manera significa un cambio en el modelo de relación con los ayuntamientos, dado que estos pasan de ser sujetos pasivos a convertirse en auténticos socios proactivos de las diputaciones, y la actuación de estas viene mediada por el análisis exhaustivo de sus necesidades y demandas.

b) El mapa de necesidades y demandas puede generar redes y clústeres en función de determinadas características para la solución coordinada y cooperativa de los problemas municipales, lo que nos obligará a trabajar en asociación con los ayuntamientos, mediante un sistema reticular.

c) El liderazgo de las diputaciones supondrá nuevos retos. Este liderazgo requerirá habilidades específicas, y la capacidad para influir y movilizar otras entidades, como consecuencia de la gobernanza de comunidades en red.

d) La aplicación de las políticas de cooperación requerirá un modelo de gestión, este debe ser el de gestión de políticas públicas con la aplicación sistemática de sus diversas fases.

e) La especialización provincial requerirá, a su vez, un tipo de personal y una gestión de los recursos humanos capaz de responder a las necesidades demandadas por los ayuntamientos, y acorde con el principio de actuación cooperativo.

En el futuro, los avances hacia el cambio tendrán que experimentar nuevas formas de mejora, dado que en las actuales condiciones económicas los recursos son escasos, y será necesario maximizarlos mediante el incremento de la productividad y el rendimiento. Todo ello, combinado con el mantenimiento del nivel actual de prestación de servicios, habrá de compensar el déficit de recursos con el aumento del rendimiento de los servicios. Tanto las expectativas como las necesidades ciudadanas crecerán con el paso del tiempo, los avances tecnológicos significarán nuevos lenguajes y nuevas formas de relación. Todo nos indica la necesidad de pensar y diseñar nuevos modelos de prestación de servicios y desarrollar la capacidad de innovación, así como fomentar el aprendizaje interorganizativo e intermunicipal.

## 7. La gestión de las personas en los Gobiernos intermedios y su papel en los municipios<sup>11</sup>

Los empleados públicos de las organizaciones provinciales son unos de los actores básicos en este escenario complejo. La situación actual debe encaminarse hacia un escenario de cambio planificado, máxime cuando el Estatuto básico del empleado público lleva cuatro años en vigor y presenta herramientas donde es posible una gestión avanzada de los recursos humanos. El proceso de cambio debe pivotar sobre una serie de ejes dinamizadores que pueden articularse alrededor de un conjunto de propuestas cuyo objetivo es la gestión de las personas en las organizaciones locales.

### 7.1. Cambio cultural

El proceso de cambio cultural debe afectar, fundamentalmente, al conjunto de sistemas de valores, principios y creencias que determinan la cultura de las organizaciones locales. Así pues, los cambios culturales deben pivotar en la transferencia de los siguientes aspectos:

- De una cultura reglamentista y procedimental, orientarnos hacia una cultura de resultados y de servicio público a las respectivas comunidades.

- De una cultura exenta de responsabilidades y afincada en el procedimiento, pasar a una cultura donde primen las responsabilidades individuales y personales.

- De una cultura que enfatiza la estabilidad y el inmovilismo, orientarse hacia una cultura que integre el cambio y la innovación permanentes.

- De una cultura de “no concienciación por los costes”, a una cultura por la maximización de recursos.

- De una cultura centrada y complaciente con hacer las cosas siempre del mismo modo, a una cultura donde predomine la mejora continua y constante.

Si los cambios culturales deben pivotar sobre los aspectos descritos, las características distintivas de la cultura de la Administración local no deben alejarse de la serie de atributos que Peters y Waterman (1994)<sup>12</sup> identificaron en las organizaciones caracterizadas como excelentes, a saber: tendencia a la acción, flexibilidad y cercanía al cliente, promoción de la autono-

mía y de la iniciativa (*entrepreneurship*), aceptación de que el mayor activo de la organización son sus empleados, entre otros.

### 7.2. Orientación a la prestación de servicios

La Administración local tiene el carácter de organización prestadora de servicios en un determinado territorio, y ello conlleva una serie de implicaciones en sus modos de gestión. Casi con toda seguridad puede decirse que las entidades locales y provinciales son de las mayores organizaciones que promueven y proveen de servicios a las comunidades locales; por tanto, sus modos de gestión y criterios de eficiencia y eficacia son enormemente importantes, porque tienen la obligación de responder a dos grandes conjuntos de necesidades y demandas, a veces acordes y armónicas, y otras contrapuestas y conflictivas, como son: las demandas e intereses generales de la comunidad local, y las demandas e intereses de los ciudadanos de su demarcación, sus aspiraciones y expectativas.

### 7.3. Liderazgo y dirección profesional

Quienes dirigen las organizaciones provinciales dirigen personas, y deben dirigirlos en un marco de organización laboral diferenciada y profesionalizada. Pero en las Administraciones provinciales se detecta un déficit de dirección profesional y de estructuras directivas. No cabe en este contexto la confianza política como sistema de selección del directivo público, el artículo 13 del Estatuto básico del empleado público añade a la palabra “dirección” un aspecto sustantivo: “profesionalizada”, cuestión esta que orienta en una única dirección. Las organizaciones provinciales deberían dotarse de tres elementos básicos en la gestión de las misiones organizativas: de personal directivo profesional, de sistemas de gestión directiva (el modelo de gestión de políticas públicas señalado más arriba es uno de ellos) y de estructuras directivas.

En el marco del Estatuto básico del empleado público, y a través de su potestad normativa en materia de autoorganización, las diputaciones deberían institucio-

11. En este apartado se seguirá en general a CORTÉS CARRERES, José Vicente, *Manual Práctico de Gestión de Recursos Humanos en la Administración Local*, Dykinson, Madrid, FEMP, 2001.

12. PETERS, T. y WATERMAN, R., *En busca de la excelencia*, Norma, Colombia, 1994.

nalizar la figura del directivo público (Jiménez Asensio, 2006).<sup>13</sup> Esta figura en un futuro no debería alejarse de las competencias y atribuciones de los órganos directivos (coordinador general y director general) de los municipios de gran población. Si esto conlleva cambios en la legislación correspondiente, debe afrontarse con valentía y sin dilación.

#### 7.4. Énfasis en una política de recursos humanos

Quienes conforman y perciben la cultura organizativa son las personas, y modificarla significa, esencialmente, cambiar las actitudes, las creencias y los valores que las personas tienen sobre esa cultura. Por ello, la introducción de cambios en el sistema de gestión de los recursos humanos al servicio del sector público, es otro de los ejes estratégicos en los que se hace imprescindible una clara intervención. Necesariamente hemos de volver a la idea ya clásica de que en la sociedad del conocimiento y de las actitudes el factor humano lo es prácticamente todo (McGregor, 1969;<sup>14</sup> Vermot-Gaud, 1986;<sup>15</sup> Besseyre, 1990;<sup>16</sup> Peiró, 1994,<sup>17</sup> 1996; Cortés y Luque, 1998).<sup>18</sup>

#### 7.5. Prácticas para modernizar la gestión de los recursos humanos en la Administración local<sup>19</sup>

El presente epígrafe, se presentará en forma de prácticas recomendables, para, de esta forma, aportar un breve compendio de las diversas medidas que pueden adoptarse para propiciar un cambio en la

orientación y tratamiento de los recursos humanos del sector público provincial. Determinadas organizaciones locales ya habrán adoptado algunas; para otras, por su tamaño y otras variables estructurales, será prácticamente imposible su aplicación. Se adopta el enfoque de recomendaciones y prácticas posibles de una forma genérica, por abarcar de alguna manera los distintos subsistemas y áreas de gestión en las que se concretan las prácticas y políticas de recursos humanos. Nuestro objetivo es presentar estas recomendaciones para incitar a su aplicación, claro está, con todas las reservas, prudencia y adecuación al momento y a la situación de cada una de las organizaciones provinciales.

##### 7.5.1. Considerar los recursos humanos como factor clave y decisivo de la organización provincial

Las organizaciones provinciales deben adquirir un rol mucho más protagonista en la gestión del contingente de personal de la Administración local. En el actual marco de crisis económica grave, muchos ayuntamientos se ven abocados a una congelación de plantillas e inversiones en materia de recursos humanos. Al igual que en materia de formación, las diputaciones presentan una gestión valorada muy positivamente por la mayor parte de los ayuntamientos, asumir más ámbitos de actuación en este aspecto sería muy bien acogido por estos. Los ámbitos en los que, principalmente, deberían actuar, a nuestro juicio, son aquellos que en la actualidad resultan difíciles de asumir por los ayuntamientos, y que desde la

13. JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Los directivos públicos en España (tres tesis y algunas propuestas)*, II Congreso de Gestión Pública, Barcelona, 2006.

14. MCGREGOR, D., *El aspecto humano de las empresas*, Diana, México, 1969.

15. VERMOT-GAUD, C., *La politique sociale de l'entreprise: du projet d'entreprise au tableau de bord social*, Editions Hommes et techniques, 1986.

16. BESSEYRE, D., *La gestión estratégica de los recursos humanos*, Aedipe, Ediciones Deusto, 1990.

17. PEIRÓ, J. M. y RAMOS, J., *Intervención psicosocial en las organizaciones*, PPU, 1994.

18. CORTÉS CARRERES, J. V. y LUQUE, O., "Aproximación al control y auditoría del sistema psicosocial de la empresa", *Revista de Trabajo, Economía y Sociedad*, núm. 11, 1998.

19. Estas recomendaciones compendian las aportaciones realizadas por los distintos documentos elaborados por expertos, a partir de reuniones, informes, simposios, jornadas y seminarios, etc., celebrados en distintos países (*National Performance Review*, 1993. Documento marco del Instituto Nacional de Administración Pública, 1995. Los resultados del simposio patrocinado por la *General Accounting Office*, 1995. Jornadas sobre los nuevos retos en la gestión de las Administraciones Públicas, celebradas en Lanzarote, abril 1996. Jornadas sobre la dirección y organización de los recursos humanos en una corporación local. Jornadas para la modernización de las Administraciones Públicas. Las Administraciones Públicas locales ante el 2000, febrero 1999. Jornada sobre modernización de los recursos humanos en el contexto de la Administración local, mayo 1999. Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público, 2005, MAP), y las distintas reuniones del Grupo de trabajo de recursos humanos, celebradas en Madrid, en la sede de la Federación Española de Municipios y Provincias.

aprobación del Estatuto básico del empleado público suponen un cambio de paradigma en la gestión de las personas. Por tanto, al igual que las diputaciones son líderes provinciales indiscutibles en materia de formación, también deberían serlo en materia de reclutamiento, selección, provisión, evaluación del desempeño y del rendimiento, carrera y promoción profesional, a través de la fórmula que se considere más oportuna: como servicios propios o como entidades instrumentales. Estas entidades deberían funcionar de forma similar a las agencias, a través de contratos de gestión o de rendimiento, en un marco de responsabilidad gerencial, con una dirección profesionalizada, con objetivos fijados, con una serie de recursos y unos indicadores de medición de resultados por el rendimiento logrado.

### **7.5.2. Conformar un nuevo rol del gestor público de los recursos humanos en las organizaciones del sistema provincial. Posicionar estratégicamente la función y la unidad de recursos humanos**

La gestión de recursos humanos es una pieza clave para el funcionamiento de las organizaciones, se ocupa del activo humano, las personas, y puede definirse como una inversión en estas para obtener lo que en términos organizativos se concibe como la consecución de los objetivos y fines perseguidos por la organización.

Con algunas excepciones, el rol del directivo de recursos humanos continúa anclado en las formas tradicionales de administración de personal. Es necesario un salto cualitativo donde se sea capaz de pivotar desde un rol de control y pura administración hacia un rol innovador, agente de cambio, integrador y dinamizador de la organización.

No cabe en una Administración moderna la pura y dura administración de personal, preocupada por un conjunto de actividades rutinarias que no aportan valor añadido. En un modelo descentralizado la gestión de recursos humanos cambia sus fórmulas de intervención, se convierte en una unidad con funciones de coordinación, asesoramiento y consultoría a la alta dirección y a los responsables de línea. Su *modus operandi* se basa en la aplicación

de conocimientos especializados, convirtiéndose en una unidad impulsora del cambio; persigue con esfuerzo la maximización de la productividad de sus empleados, el rendimiento organizacional y la calidad de vida laboral.

### **7.5.3. Descentralizar y desplegar la función de recursos humanos**

La gestión de recursos humanos debe desplegarse y transferir responsabilidades a los departamentos y unidades, otorgando la confianza necesaria a sus directivos de línea. Los servicios centrales de personal deberán en paralelo adoptar un rol estratégico de diseño de políticas, apoyo y capacitación para la gestión de los recursos humanos.

### **7.5.4. Responsabilizar a todos los empleados públicos de sus objetivos y de los resultados**

Frente al concepto tradicional de "responsabilidad administrativa", basado en el cumplimiento formal de las normas, reglas y procedimientos, se impone la necesidad de responder por la utilización eficiente de los recursos y por el grado de cumplimiento de los objetivos, mediante la evaluación de resultados. Las siguientes medidas podrían ser consideradas en aras de una mayor responsabilización:

- Focalizar el interés de los gestores públicos en los resultados reales (*outputs*), para no seguir invirtiendo y gastando recursos públicos (*inputs*) en aquello que no funciona y no es relevante para la comunidad local.

- Establecimiento de una política de dirección por objetivos en los distintos niveles, con expresión de los indicadores de estado, objetivos e indicadores de rendimiento (Cortés y Luque, 1998).<sup>20</sup>

- Establecimiento de una dirección pública, diferenciada de la política, por tanto, profesionalizada, donde una serie de gestores fueran capaces de asumir una nueva cultura de gestión cuyos resultados pudieran ser medidos en términos de eficacia y eficiencia y no tan solo de regularidad formal.

- El acceso a cargos directivos en la Administración local debería ligarse a un programa de objetivos, con compromiso formal de los resultados a alcanzar. Esta es una fórmula utilizada en distintos países, donde ha

20. CORTÉS Y LUQUE, 1998, "La evaluación psicosocial en las organizaciones", *Revista del Comitè Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana*, 2000.

mejorado sustancialmente el rendimiento de las organizaciones.

–Formación y desarrollo de los empleados, proporcionándoles las herramientas necesarias para operar en un medio laboral orientado a los resultados.

–Capacitar en habilidades directivas a las personas que ejercen algún tipo de dirección para dirigir y operar en un medio orientado a la dirección por objetivos, evaluación y el rendimiento.

–Introducción de sistemas de evaluación del desempeño y del rendimiento, y que estos se vinculen a la carrera y a las retribuciones en los términos señalados en el Estatuto.

–Introducción de la remuneración variable, vinculada a la productividad, al rendimiento y al desempeño.

### 7.5.5. Implantar una gestión predictiva y flexible de los recursos humanos

Una de las responsabilidades directivas de recursos humanos es la planificación de estos. Este proceso de planificación se centra en la determinación de las necesidades de personas en una organización, pero también en garantizar la disponibilidad del personal cualificado en los puestos apropiados y en los momentos oportunos. La gestión predictiva de los recursos humanos tiene por objetivo principal el permitir a las organizaciones disponer en el momento deseado del personal con las competencias (cualificaciones, conocimientos, experiencias y aptitudes) y la motivación necesarias para poder y querer ejercer las actividades o las funciones y asumir las responsabilidades que se revelen necesarias (Mathis, 1984).<sup>21</sup>

### 7.5.6. Prescripciones para el diseño, análisis y clasificación de los puestos de trabajo, y la implantación de sistemas de gestión por competencias

El concepto tradicional de puesto de trabajo, desde hace algún tiempo, está en crisis (Quijano, 1992;<sup>22</sup> Pereda y Berrocal, 1993;<sup>23</sup> Hontagas y Peiró, 1996).<sup>24</sup> Válido para la organización industrial, se muestra como

insuficiente para las organizaciones de servicios y la organización del trabajo actual, ya que el sistema tradicional de puestos de trabajo tiende a hacer rígida a la organización, porque limita a los empleados en un conjunto restringido de tareas, y dificulta su asignación a nuevas funciones, actividades y roles.

Atender a la gestión por competencias y al puesto-misión frente al puesto-oficio,<sup>25</sup> junto con dejar de “centrarse” en la descripción detallada de las tareas a realizar, nos permitiría focalizarnos en los objetivos a conseguir y en el valor a crear para los “clientes”. Este enfoque nos permitirá garantizar la flexibilidad y el uso eficiente de los recursos humanos; de esta forma, los puestos de trabajo se transforman en puestos más amplios y polifuncionales. Abandonar, progresivamente, la gestión del puesto de trabajo, y centrarse en la gestión por competencias (el conjunto de saberes, capacidades, habilidades y destrezas para lograr los objetivos de la organización), es especialmente relevante para el sistema humano de la Administración provincial, dado que su diferenciación debe venir generada por la capacidad de respuesta a las necesidades municipales, y estas pueden ser y son cambiantes. Esta flexibilidad del personal, sobre todo el de mayor cualificación, solo puede lograrse con la implantación de sistemas por competencias. No olvidemos que, si bien en el presente la estructura de personal es piramidal (con una base de empleos de menor cualificación: grupos C1, C2 y E), se están produciendo cambios, y en el futuro inmediato la forma que se adoptará tenderá a tomar la forma de pirámide invertida, donde el núcleo del personal será personal cualificado y titulado (A1, A2 y B).

### 7.5.7. Mejorar las prácticas de reclutamiento y selección

Las prácticas actuales en la Administración determinan quién o quienes resultan ser las personas empleadas, que no las más idóneas para el puesto. Una selección eficaz debe vincular las características individuales (conocimientos, capacidad, habilidad, experiencia, etc.) con los requisitos del puesto. Si la selección es un

21. MATHIS, *Gestión prévisionnelle et valorisation des ressources humaines*, Les Editions d'Organisation, 1984.

22. QUIJANO, S., *Sistemas efectivos de coordinación del rendimiento: resultados y desempeños*, PPV, Barcelona, 1992.

23. PEREDA, S. y BERROCAL, F., *Valoración de puestos de trabajo*, Eudema, 1993.

24. HONTAGAS, P. y PEIRÓ, J. M., “Tareas, puestos, roles y ocupaciones”, en J. M. PEIRÓ y F. PRIETO, *Tratado de psicología del trabajo, vol. 1*, Síntesis, 1996.

25. SISTERNES, X., *Gestió de RH. Per a uns ajuntaments eficaços*, Diputación de Barcelona, 1998.

proceso clave para aprovisionarnos de las personas, cualificaciones, requisitos y competencias necesarios, en el caso de la selección para puestos de trabajo público lo es mucho más, porque la permanencia de los funcionarios seleccionados va a ser, prácticamente, indefinida.

Los dispositivos de selección deben ser mejorados, y tomar un sentido más dirigido a evaluar las competencias y potencialidades técnicas, profesionales o gerenciales (según el caso) que los exámenes memorísticos. Pero sobre todo las prácticas de reclutamiento y selección deben profesionalizarse, y en el caso de las diputaciones provinciales, estas deberían ofrecer este servicio a los ayuntamientos, para desde un posicionamiento provincial gestionar adecuadamente los efectivos que concurren a las pruebas selectivas y los candidatos que, finalmente, resultan seleccionados. De la misma forma cabría un proceso de acogida y socialización al mundo local.

### 7.5.8. Mejorar las prácticas de formación y desarrollo de los recursos humanos

La formación tal y como se gestiona actualmente en las diputaciones provinciales debe servir como modelo y guía para otros procesos de la materia que nos ocupa, como la selección, provisión, carrera y evaluación del desempeño y del rendimiento, principalmente.

Invertir en formación y desarrollo profesional para adaptarse a las necesidades cambiantes de los ciudadanos y la comunidad local a los que prestamos nuestros servicios, mantener actualizados los conocimientos y las habilidades del personal, así como los talentos y actitudes necesarias, y desarrollar nuevas competencias personales y organizacionales, han de ser los objetivos básicos de la formación. No obstante, la formación requiere mejoras sustanciales; sobre todo en las fases de auditoría de necesidades formativas, suele ocurrir que a veces los planes de formación se configuran más por cuotas de reparto de cursos, que por auténticos diagnósticos de necesidades de formación. Y, asimismo, debe mejorarse la evaluación de la misma, es más importante la evaluación de transferencia, es decir, si los conocimientos adquiridos han sido trasladados al puesto de tra-

bajo, que la satisfacción con el curso o la evaluación del profesorado, aunque ambas, por otra parte, son importantes.

### 7.5.9. Prescripciones para el diseño de planes de motivación en la Administración local

Uno de los roles esenciales de los cuadros directivos de las organizaciones consiste en dar un “sentido u orientación” a la acción de los hombres y mujeres que dirigen. Este “dar sentido” presenta un doble aspecto de proporcionar significación y dirección en el trabajo. El primer término se relaciona con el concepto más amplio de “motivación”, y el segundo con el de “focalización” (generar visión, foco estratégico).

La motivación de las personas debe ser una estrategia organizacional de primera magnitud, porque de ella dependen dos cuestiones básicas, la satisfacción del empleado y la eficacia de la organización. Al menos cinco programas deberían incluirse en un plan de motivación, y con efectos en función de la productividad alcanzada:

–Un programa corporativo relacionado con los resultados generales de la organización, cuya medición debería realizarse mediante la evaluación, por ejemplo, de modelos de gestión como el *European Foundation Quality Management* (EFQM), o los sistemas de gestión pública explicados anteriormente, o los logros alcanzados por el plan de mandato o plan de acción.

–Programas relacionados con el rendimiento de los servicios, de las unidades de gestión. Consisten en la fijación anual de objetivos y recursos y la medición del logro de los mismos, a través de lo que podemos denominar “planes departamentales” o “contratos de rendimiento de servicio”. Estos planes departamentales tienen mucho que ver con las técnicas de asignación de metas y dirección por objetivos (Munduate, 1994).<sup>26</sup>

–La evaluación del desempeño, que mide y valora la conducta laboral o los resultados obtenidos por el empleado. Se trata de introducir discriminaciones positivas en función de las aportaciones, conducta y rendimiento laboral, que normalmente, cuando son positivas, se vinculan a una mayor retribución y se constituyen como uno de los requisitos para la progresión y carrera laboral.

26. MUNDUATE, L., “Motivación y compromiso en el trabajo”, en J. M. PEIRÓ y J. RAMOS, *Intervención psicosocial en las organizaciones*, PPU, Barcelona, 1994.

—Los programas relacionados con la carrera horizontal y vertical. El crecimiento personal y profesional es un potente motivador; adecuadamente combinados los programas de carrera con la formación, el desempeño y el rendimiento, generan un comportamiento organizacional en los empleados, orientado a la productividad, la eficacia, la eficiencia y el compromiso (Robbins, S., 1996).<sup>27</sup>

—La gestión del reconocimiento. Reconocer individual o colectivamente las aportaciones, las propuestas de mejora, o cualquier forma de participación directa del empleado que aporta valor añadido a la organización, es la forma más fácil y eficaz de introducir mecanismos para generar lo que se denominan “intraemprendedores”, es decir, empleados creativos, con interés por la mejora continua y por el trabajo bien hecho. Las aportaciones, las mejoras, la participación en proyectos y grupos de mejora que aportan valor a la organización, también deberían vincularse a la carrera, de la misma forma que lo hace la formación.

Los cinco programas, adecuadamente combinados, resultan un potente plan para incentivar e incrementar la productividad en las organizaciones públicas o privadas, y generar comportamientos laborales en los empleados deseados por la organización y generadores de satisfacción laboral en estos.

### **7.5.10. Implantar o desarrollar la comunicación interna y el compromiso de los empleados**

Las Administraciones locales no solo deben invertir en comunicación externa, deben adoptar también el sentido interno, lo que implica invertir en comunicación, mejorar la transparencia, mejorar los canales de distribución informativa a todos los niveles y en todas direcciones, y establecer nuevas vías de comunicación para garantizar flujos de información dinámicos. Implica también imaginar sistemas que garanticen una comunicación ascendente, practicar una política de puertas abiertas, generalizar las consultas, crear mecanismos para recoger ideas y sugerencias, etc. Se trata, pues, de contribuir a la creación de una cultura común a través de instrumentos de comunicación e información.

### **7.5.11. Mejorar el desarrollo de carrera**

El desarrollo de carrera es el modo en que una organización sostiene o incrementa la productividad actual de sus empleados, al mismo tiempo que los prepara para un entorno cambiante. A pesar de la aprobación del EBEP en 2007, todavía no existe una alternativa sólida a la carrera vertical, en base a la sucesiva ocupación de puestos de mayor jefatura. El planteamiento es, puramente, individual, olvidando las necesidades organizativas. Parece, pues, necesario plantearse en profundidad la cuestión de la carrera profesional. Cualquier estrategia en esta materia debe articular sistemas de carrera más flexibles, e implantar la relación entre formación, retribución y evaluaciones del rendimiento y del desempeño con la carrera administrativa. El adecuado diseño de una carrera profesional en nuestro ordenamiento jurídico, tan necesario para la Administración Pública, en cuanto organización, como para el propio personal que presta sus servicios en la misma, en cuanto derecho individual de progresión, ha sido, sigue siendo y, si no cambian las cosas, será una asignatura pendiente en la gestión de los recursos humanos (Cortés, 2009).<sup>28</sup>

Las modalidades de carrera definidas, y sus posibles combinaciones, en el Estatuto básico del empleado público, constituyen una oportunidad que debe aprovecharse sin dilación.

### **7.5.12. Implantar sistemas de evaluación del rendimiento y del desempeño**

La valoración del factor humano siempre se ha realizado de una u otra forma en todas las organizaciones. Implantar la evaluación, permite el énfasis en los resultados y en el control del rendimiento, la mejora de las capacidades técnicas del empleado y la formación. Reiteradamente, se ha señalado la necesidad de una promoción basada en el mérito apreciado y valorado por sus superiores, la preferencia por la retribución variable centrada en los resultados obtenidos (Cortés, 2009)<sup>29</sup> y la medición de los costes. El desempeño de los empleados está directamente relacionado con el funcionamiento de

27. ROBBINS, S., *El comportamiento organizacional*, Prentice may, 1996.

28. CORTÉS CARRERES, J. V., “La promoción y carrera profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 13, Quincena 15 – 29 julio 2009, ref.<sup>a</sup> 1891/2009, p. 1891, Tomo 2.

29. CORTÉS CARRERES, J. V., “La Evaluación del Desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, Quincena 15-29 enero 2009, ref.<sup>a</sup> 36/2009, p. 36, Tomo 1.

la organización. Algunos investigadores han señalado, a propósito de los empleados más productivos frente a los menos productivos, que los primeros pueden llegar a presentar un rendimiento hasta tres veces superior (McCormick, E., Tiffin, J., 1974).<sup>30</sup> El Estatuto básico del empleado público considera estos sistemas como un elemento clave de la reforma modernizadora en materia de recursos humanos, y razón no le falta si se hace adecuadamente.

### **7.5.13. Implantar sistemas de información internos y de revisión y control**

La información, la responsabilización de las personas y direcciones de línea y la descentralización de la gestión de recursos humanos tienen un papel esencial en la configuración de un marco de responsabilidad. Pero sin información no es posible conocer ni comparar los rendimientos ni, por lo tanto, obtener conclusiones útiles para la gestión. Por este motivo se enfatiza mucho la creación de sistemas de información de gestión, por medio de los cuales se pueda conocer, puntualmente, el grado de ejecución de los programas y la valoración de los resultados y de la productividad organizacional. Los sistemas de indicadores clave de gestión de las organizaciones y del sistema de recursos humanos, son herramientas de las que todo gestor público debería disponer para poder tomar decisiones relevantes para la organización y para los usuarios de los servicios que presta.

### **7.5.14. Mejorar la calidad de la vida laboral**

El concepto de calidad de vida laboral, abarca todas aquellas condiciones relacionadas con el trabajo, como son los horarios, el sueldo, el medio ambiente laboral, los beneficios y servicios, las posibilidades de carrera y relaciones humanas, que pueden ser relevantes para la satisfacción y motivación laborales, las propias experiencias de trabajo en función de las oportunidades que este proporciona. Se trata de relacionar, como señalan distintos investigadores del tema (Grady, 1984; Mateu, 1984; Peiró, 1990), los aspectos del trabajo que tienen que ver con experiencias humanas y con los objetivos organizacionales, es decir, con el aumento de la productividad, la eficacia organizacional y la prestación de servicios de calidad.

Los empleados públicos disfrutaban en general de un nivel razonable de calidad de vida laboral, y ello debe aparejar como consecuencia el incremento del rendimiento y la productividad, no la laxitud y el relajamiento en las tareas y en las obligaciones.

### **7.5.15. Mejorar las formas directas e indirectas de participación en el empleo público**

La implicación y “participación directa” del propio trabajador, tiene que ver, principalmente, con la ejecución de las tareas y organización del propio puesto y del trabajo. Algunas formas de participación directa serían: los grupos de mejora, grupos de proyecto, propuestas de mejora, círculos de calidad, etc. Es necesario estimularlas e incentivarlas, e incluso vincularlas a la carrera, al menos a la horizontal, porque suponen mejoras para la organización e incentivan el compromiso y la implicación de los empleados en su trabajo (Cortés, 2010).

En relación a la “participación indirecta”, la principal dificultad que los agentes sindicales y la dirección de la organización deben superar es la relación antagónica que les condena a la no cooperación. Las relaciones tradicionales entre dirección y sindicatos fundadas en la desconfianza, no son las más adecuadas para enfrentarse a un cambio cultural que exige a trabajadores/as y directores/as que piensen primero en el ciudadano y que trabajen unidos para mejorar la productividad, la eficacia, la eficiencia y la calidad. Es recomendable, pues, la formación sistemática de los actores y responsables de las relaciones laborales en formas alternativas de resolución de conflictos y otros enfoques conjuntos de resolución de problemas, de tal manera que sus relaciones se basen en un marco donde las estrategias de negociación y gestión del conflicto se fundamenten en tácticas de cooperación y no de competición.

## **8. Conclusión final**

Las organizaciones provinciales están llamadas a desempeñar un papel protagonista en materia de recursos humanos en el futuro del mundo local, en lo que respecta a la asistencia técnica y a la prestación de un “servicio profesional” para los ayuntamientos pequeños y medianos, principalmente. El despliegue de su

30. McCORMICK, E. y TIFFIN, J., *Industrial Psychology*, Prentice Hall, 1974.

actividad asistencial y prestacional a los municipios debe alcanzar un amplio espectro de cuestiones relativas a las prácticas y políticas en la gestión de las personas. La aplicación de los elementos reformadores del Estatuto básico del empleado público no será posible en los municipios medianos y pequeños si no existe una intervención decidida y clara por las diputaciones provinciales. En la Ley de autonomía local andaluza de 2010, se evidencia una apuesta por este aspecto, al atribuir en su artículo 12.g, como competencias de asistencia técnica a las diputaciones: la formación y selección del personal, así como la elaboración de instrumentos de gestión de personal, planes de carrera profesional y evaluación del desempeño.

En la prestación de servicios de las diputaciones provinciales a los ayuntamientos, caben, a nuestro juicio, cuatro finalidades:

- La primera tendría que ver con la gestión total de los asuntos de personal, como se hace con otros servicios, como los de contabilidad, funciones públicas y otros, para los ayuntamientos con menor capacidad económica.

- La segunda consistiría en la prestación directa del servicio demandado por el municipio en un asunto puntual, por ejemplo, asistencia en la valoración de los puestos de trabajo, o en la confección de un expediente en materia de selección, y asistencia en el proceso selectivo.

- La tercera se refiere a la creación de observatorios de recursos humanos provinciales, a la producción de análisis, investigaciones, estudios, etc. También nos referimos a la gestión del conocimiento mediante la transferencia de buenas prácticas en gestión de recursos humanos, la organización de jornadas y congresos, foros y seminarios específicos, y el reconocimiento a las mejoras prácticas de recursos humanos, producción de manuales, informes, instrucciones, etc. Cabe en esta modalidad el impulso de aplicaciones informáticas para resolver problemas de gestión de recursos humanos, o la actuación como prescriptor en la homologación de proveedores de servicios y en nuevas tecnologías en la materia que nos ocupa.

- La cuarta, más compleja que las anteriores, está íntimamente relacionada con el posicionamiento en lo provincial, como estructura supramunicipal. Se trata, pues, de establecer una gestión compartida en materia de recursos humanos, mediante la colaboración a través de convenios o mediante la creación de una agencia administrativa provincial u otro tipo de entidad

instrumental, y cuya actuación consistiría, básicamente, en la gestión de los procesos básicos de recursos humanos, como el reclutamiento y selección (la formación ya se hace), la promoción y carrera profesional, la evaluación del desempeño y del rendimiento, y la provisión de puestos. Este servicio o la forma que adoptara se encargaría de los procesos mencionados con un alcance de carácter provincial, para los ayuntamientos que así lo dispusieran.

- La gestión de los déficits y excedentes de personal también podría ser objeto en esta finalidad y a través de la utilización de la movilidad interadministrativa, recurso escasamente aprovechado. Existe un movimiento de personal importante entre ayuntamientos, sin planificación ninguna puesto que se genera espontáneamente, y este mercado interno del mundo local podría ser adecuadamente gestionado, potenciado y aprovechado para la maximización de los recursos.

En fin, las diputaciones provinciales tienen una importancia relevante y significativa en el desarrollo de los recursos humanos del mundo público local, por un doble compromiso, el relacionado con la modernización de sus recursos y de la propia gestión de los mismos, y por ser la organización supramunicipal que puede prestar una amplia gama de servicios en esta materia a los ayuntamientos, lo que las posiciona estratégicamente para aplicar las recomendaciones señaladas en los párrafos anteriores y proceder a un cambio en el modelo de gestión en general y de los recursos humanos en particular. ■

---

# La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la provincia

Rafael Fernández Montalvo

Magistrado del Tribunal Supremo

1. La concepción constitucional originaria de la autonomía local como garantía institucional
2. La autonomía local como garantía constitucional. La LRBRL y los estatutos de autonomía. El carácter bifronte del régimen local
3. Ampliación de las competencias locales por incidencia de la Carta de autonomía local
4. La garantía constitucional de la provincia
5. Las competencias de la provincia en la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo
6. Los conceptos de coordinación, colaboración y cooperación. Referencia a la coordinación en la LRBRL
7. La cooperación intraprovincial
8. Asistencia
9. Los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal (PPCOS)

## Resumen

La doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado, desde sus primeras sentencias, que la provincia tiene reconocida, en la Norma fundamental, una garantía institucional que la preserva frente a un legislador que la suprimiera o desconociera el contenido esencial de su autonomía. Asimismo, proclama el carácter bifronte del régimen local, en el que la Ley estatal reguladora de las bases desempeña un específico papel atribuido por la propia Constitución. Sin embargo, considera que el contenido material de la competencia provincial es de configuración legal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parte de la doctrina constitucional sobre la autonomía provincial, pero amplía, en general, las competencias locales, sobre la base de la Carta europea de autonomía local y el principio de subsidiariedad. Además, reconoce a la provincia una competencia esencial de carácter funcional, que consiste en la colaboración y cooperación con los municipios. Los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal constituyen una forma tradicional de cooperación que sirve a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para dar contenido a la actuación de las diputaciones.

Palabras clave: *Tribunal Constitucional; provincia; jurisprudencia.*

## Abstract

*The Spanish Constitutional Court has recognized, from the beginning, that the province has, under the Spanish Constitution, an institutional guarantee that preserves the same against legislator's encroachments on the essential nature of its autonomy. Moreover, the Spanish Constitutional Court's case law configures the distribution of powers in local matters as a bifrontal regime, where the state (federal) basic law carries out a specific role within the constitutional framework. At the same time, this case law establishes that the legislator will define the particular scope of the provinces' powers.*

*The Spanish Supreme Court takes this constitutional framework as starting point. However, the Supreme Court expands, in general, the local powers based on the European Charter of Local Self-Government and the subsidiarity principle. In addition, the Supreme Court recognizes to the province an essential power –instrumental in nature- for collaborating and cooperating with the city councils. The cooperation provincial plans regarding municipal works and services are a traditional form of cooperation that has been used by the Spanish Constitutional Court to bolster provinces' powers.*

Key words: *Spanish Constitutional Court; province; case law.*

## 1. La concepción constitucional originaria de la autonomía local como garantía institucional

La Constitución española –CE– proclama de modo genérico la autonomía de municipios, provincias y comunidades autónomas para la gestión de sus respectivos intereses (artículo 137). Se refiere a la configuración de las entidades locales necesarias (municipio, provincia e islas, artículos 140 y 141 CE), las dota de personalidad jurídica y señala como criterio de su organización o funcionamiento el carácter democrático. Resulta posible crear agrupaciones de municipios diferentes a la provincia (artículo 141.3 CE), y, mediante la agrupación de municipios limítrofes, los estatutos pueden establecer circunscripciones territoriales propias que gozarán de personalidad jurídica (artículo 152.3). Y, en fin, contiene el mandato relativo a la suficiencia de los medios de las Haciendas locales para el desempeño de las funciones que tengan atribuidas legalmente (artículo 142).

El Tribunal Constitucional –TC– (Cfr. SSTC 4/1981, de 2 de febrero, 14/1981, de 29 de abril, 24/1981, de 14 de julio, y 32/1981, de 28 de julio), de una parte, concibe esencialmente la autonomía local como una garantía institucional, lo que supone que no pueda ser suprimida por las leyes, y que toda Ley que por su contenido material la suprima o la prive de su contenido esencial resulte inconstitucional.

De otra, considera el autogobierno local como un poder limitado en el marco de la ley, que incluye la adecuada relación Ley-Reglamento. Y este modelo determina que el alcance de las competencias y de las potestades (entre las que se encuentra la potestad normativa) dependa de la atribución efectuada por el legislador.

La garantía institucional de la autonomía se integra por tres elementos: uno subjetivo, referido a las entidades locales constitucionalmente previstas; otro objetivo, constituido por el denominado “contenido esencial”, que supone un límite a la configuración legal de la autonomía, y por la exigencia de que la gestión de los asuntos que constituyen dicho contenido se lleve a

cabo bajo “la propia responsabilidad” del ente local; y, por último, una exigencia garantizadora de la posición subjetiva de los entes locales frente a eventuales ataques a su autonomía.

El TC se ha hecho eco constante de dicha doctrina como técnica de “preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”. Y “dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre”. La concepción social dominante aparece como criterio delimitador del contenido nuclear de la autonomía local.

El Tribunal Supremo (TS, en adelante) se refiere también a la garantía institucional, concretamente referida a la provincia, en sentencia de 21 de febrero de 2001: “la dimensión constitucional de la provincia, como institución indisponible de la estructura constitucional, no puede ser ignorada en su núcleo esencial, ni por el Estado ni por las comunidades autónomas. No obstante, la atribución material de competencias a las diputaciones provinciales no puede entenderse, desde la perspectiva constitucional, al margen de las normas del Estado y de las comunidades autónomas que se dicten en desarrollo de las competencias respectivamente asumidas, según el alcance de los artículos 148,1 y 149.1 de la Constitución”.<sup>1</sup>

La STS de 10 de junio de 2010 (rec. de cas. 4891/2009) señala:

“1) La autonomía local reconocida en los arts. 137 y 140 de la CE –ha dicho el máximo intérprete de nuestra Constitución– ‘se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente’, en el ‘derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias’ (SSTC 40/1998, de 19 de febrero,

1. No obstante, el Tribunal Supremo se ha manifestado sensible a la virtualidad expansiva del principio de autonomía municipal derivada del artículo 140 CE en relación a diversas materias, aunque con especial incidencia en la organización y régimen interior de las entidades locales. Pero debe reconocerse que dicha tendencia ha coexistido con otra jurisprudencia más restrictiva de la autonomía local, agudizada, incluso, después de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBL, en adelante), y que el Tribunal Supremo ha proclamado también el criterio de la garantía institucional y el sistema de atribución legal de competencias y potestades a las corporaciones locales. Concepción esta que sigue estando presente en la más reciente jurisprudencia, incluso la que data de 2003.

FJ 39; y 240/2006, de 20 de julio, FJ 8; en términos similares, STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 4). En el mismo sentido, pero con más precisión, se ha afirmado que 'la autonomía local consagrada en el art. 137 CE (con el complemento de los arts. 140 y 141 CE) se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno' (SSTC 159/2001, cit., FJ 4; y 240/2006, cit., FJ 8). Se trata –ha apuntado el Tribunal Constitucional– de una noción 'muy similar a la que luego fue acogida por la Carta europea de la autonomía local de 1985 (ratificada por España en 1988), cuyo art. 3 (*Concepto de la autonomía local*) establece que *por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes*' (SSTC 159/2001, cit., FJ 4; 240/2006, cit., FJ 8).

"2) Más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional la autonomía local 'es un concepto jurídico de contenido legal, que permite configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional' (SSTC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 9; 240/2006, cit., FJ 8). En efecto, los arts. 137, 140 y 141 CE contienen una garantía institucional de las autonomías provincial y municipal, en el sentido de que no prejuzgan 'su configuración institucional concreta, que se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza' (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3; y 159/2001, cit., FJ 4). Ello significa que 'la Constitución no precisa cuáles sean esos intereses respectivos del art. 137 CE, ni tampoco cuál el haz mínimo de competencias que, para atender a su gestión, el legislador debe atribuir a los entes locales' (STC 159/2001, cit., FJ 4). De modo que la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, 'sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar', de suerte que solamente podrá reputarse desconocida dicha garantía 'cuando la institución es limitada, de tal modo

que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre' (SSTC 32/1981, cit. FJ 3; 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2; y 159/2001, cit., FJ 4). En definitiva, '[e]n la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que formen parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE'; '[s]o pena de inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno' (SSTC 159/2001, cit., FJ 4; 51/2004, de 13 de abril, FJ 9; 252/2005, de 11 de octubre, FJ 4; y 240/2006, cit., FJ 8).

"3) El Tribunal Constitucional ha afirmado 'la conexión entre la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 141 y 142 CE) y la competencia que ostenta el Estado sobre *las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas* (art. 149.1.18 CE), de tal forma que debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, con cobertura en el art. 149.1.18 CE, siendo esa la doctrina que ha inspirado el sistema que articula la Ley reguladora de las bases del régimen local' (STC 240/2006, cit., FJ 8; véanse las SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 19; 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2; y 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 2). En este sentido, el Tribunal ha sostenido que el 'cauce y el soporte normativo de la articulación de esta garantía institucional' de la autonomía local es la Ley estatal de régimen local (STC 159/2001, cit., FJ 4), norma que, por definir o delimitar las competencias estatales y autonómicas, y por actuar los valores superiores consagrados en el art. 137 CE, 'tiene una singular y específica naturaleza y posición en el Ordenamiento jurídico' (SSTC 259/1988, de 22 de diciembre, FJ 2; y 159/2001, cit., FJ 4). Y, con independencia de que la

LBRL se integre o no en el llamado *bloque de la constitucionalidad* (aunque esto fue lo que sostuvieron las SSTC 27/1987, cit., FJ 5, 109/1998, de 21 de mayo, FFJJ 5 y 12, y 159/2001, cit., FJ 4, parece que se ha abandonado esta tesis en la STC 240/2006, cit., FJ 8), interesa subrayar que en sus últimos pronunciamientos el Tribunal Constitucional viene afirmando que '[d]e la ley autonómica solo podría ser canon de validez la Ley de las bases del régimen local en aquellos aspectos enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE' (STC 240/2006, cit., FJ 8), dado que '[s]olo aquellos extremos de la LBRL que puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18ª CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental' (SSTC 159/2001, cit., FJ 4; y 240/2006, cit., FJ 8).

"4) En lo que al ámbito económico se refiere, esa autonomía de que gozan los entes locales tiene dos aspectos: la vertiente de los ingresos y la de los gastos. Por lo que a la primera de ellas respecta, el Tribunal Constitucional ha señalado que el art. 142 CE, al señalar que las 'Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las corporaciones respectivas', no 'garantiza a las corporaciones locales autonomía económico-financiera en el sentido de que dispongan de medios propios *patrimoniales y tributarios* suficientes para el cumplimiento de sus funciones, sino que lo que dispone es únicamente la suficiencia de aquellos medios' (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; y 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10; en el mismo sentido, SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, y 166/1998, de 15 de julio, FJ 10). En definitiva, es 'el principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución española en relación con las Haciendas locales', suficiencia de medios que constituye el presupuesto indispensable 'para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada' (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; y 48/2004, cit., FJ 10). En efecto, el principio de autonomía que preside la organización territo-

rial del Estado (arts. 2 y 137 CE) 'ofrece una vertiente económica importantísima, ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines' (SSTC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; y 48/2004, cit., FJ 10). 'La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas' (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4; y 48/2004, cit., FJ 10); es decir, 'para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido' en los arts. 137, 140 y 141 CE [SSTC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 b); y 48/2004, cit., FJ 10; en el mismo sentido, SSTC 96/1990, FJ 7; 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 4 b) y 22; y 104/2000, FJ 4]".

De cualquier manera, tanto en la doctrina del TC como en la jurisprudencia del TS pueden apreciarse los elementos subjetivos y objetivos de la autonomía local entendida como garantía institucional; y, en cuanto garantía reaccional frente a indebidas limitaciones, se ha visto reforzada por la reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional efectuada por la LO 7/1999, de 21 de abril, por la que se reconoce la legitimidad de los municipios y las provincias para plantear conflicto ante el TC, cuando las leyes del Estado o de las comunidades autónomas pueden lesionar la autonomía local, constitucionalmente garantizada (artículos 75 *bis* a 75 *quinque*).

De acuerdo con el diseño constitucional, corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18 CE), lo que supone que corresponde al Estado la fijación de los principios o criterios básicos en materia de organización y régimen de las corporaciones locales (STC 32/1981, de 28 de julio).

Las comunidades autónomas, conforme al artículo 148.1.2 CE, pueden asumir y han asumido competencias en materia de régimen local a partir de la legislación básica del Estado.

El régimen jurídico de las corporaciones locales constituye, por tanto, un claro ejemplo de relación internormativa, en la que la concurrencia del Estado y de las comunidades autónomas, por medio de sus poderes normativos, está presente, sobre todo si se tiene en cuenta que estas incorporan el régimen local entre

sus competencias exclusivas, sin perjuicio de las competencias estatales.

La idea de la garantía institucional se ha complementado con diversas técnicas de protección, como la de la “prohibición del exceso”, que se traduce en el rechazo de aquellos recortes que resulten desproporcionados o arbitrarios, con independencia de que el contenido esencial de la institución se vea o no afectado por la intervención. Asimismo, se ha utilizado el denominado “principio material de distribución de funciones”, según el cual el legislador solo puede privar a los municipios de la gestión de asuntos con relevante carácter local cuando ello viene exigido por el interés público, y no se puede asegurar de otro modo el desarrollo de dicha gestión.

La STS de 20 de enero de 2005 (rec. de cas. 6904/2001) señala que “El principio de autonomía local consagrado en la Constitución como principio estructural rector de la organización territorial, cuyo desarrollo corresponde al legislador, que garantiza a los entes territoriales de ámbito municipal o provincial la capacidad de decidir libremente y bajo su plena responsabilidad entre varias opciones legalmente posibles, aquella que estime oportuna con arreglo a criterios esencialmente políticos, que es circunstancial a su caracterización como poder público territorial y a su capacidad de autodeterminación de sus propios intereses, es compatible con la existencia de controles de legalidad ejercidos por otra Administración de ámbito territorial superior por razones puntuales, siempre que ostenten un título competencial habilitante y que no sea susceptible de configurarse como un control genérico, indeterminado o jerárquico”.

## 2. La autonomía local como garantía constitucional. La LRBRL y los estatutos de autonomía. El carácter bifronte del régimen local

Se aprecia también un diseño constitucional mínimo del régimen local, en el que tienen una diferente posición el legislador básico estatal, el legislador estatutario y autonómico y el legislador sectorial. De esta manera se habla, más bien, de una “garantía constitucional de la autonomía local” caracterizada por las siguientes notas:

A) La Ley de bases de régimen local cumple una función constitucionalmente reservada a un tipo de Ley muy específica. No es que tenga una mayor jerarquía

o rango que la Ley ordinaria, pero sí se proyecta sobre una reserva de ley específica y realiza una función constitucional prolongada en el tiempo.

La Constitución impone al legislador estatal la tarea de atribuir a municipios y provincias, de forma general y permanente, un ámbito competencial lo más preciso posible y ligado al interés local.

B) Las comunidades autónomas, al amparo de las previsiones del artículo 149.1.18 CE, pueden asumir, como efectivamente ha ocurrido, competencias en materia de “régimen local”, expresión que el TC ha identificado con el “régimen jurídico de las Administraciones locales” (STC 214/1989, de 21 de diciembre). Por tanto, “en principio ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de autonomía de una Comunidad Autónoma, en tanto que su norma institucional básica, contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial, con el fin de vincular al legislador autonómico, del régimen local en el ámbito territorial la Comunidad Autónoma, debiendo respetar en todo caso las previsiones estatutarias, como es obvio, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE, por cuanto la expresión ‘bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas’ engloba a las Administraciones locales” (STC 31/2010, de 28 de junio).

En definitiva, el TC considera el régimen local como “materia propia” de los estatutos de autonomía (EA), aunque con las siguientes matizaciones o condicionamientos:

a) El EA puede contener solo las “líneas fundamentales o la regulación esencial” del régimen local. No parece razonable que el Estatuto contenga una regulación completa o de detalle.

b) El TC vincula la aceptación de que se pueda regular el régimen local a la naturaleza de la norma estatutaria, en cuanto es “norma institucional básica”. No entra el TC en la polémica acerca de si los entes locales deben ser considerados o no “instituciones autónomas propias” en el sentido del artículo 147.2.c) CE. Cuestión particularmente interesante en el caso del Estatuto de autonomía de Cataluña, habida cuenta de que el artículo 2.3 considera que los Gobiernos locales “también integran el sistema institucional de la Generalidad”, aunque matiza en el sentido de que lo hacen “como entes en los que esta se organiza territorialmente, sin perjuicio de su autonomía”.

c) La regulación estatutaria sobre régimen local se establece con el fin de “vincular al legislador autonómico”. De lo que puede deducirse, *a sensu contrario*, que no tiene como objetivo vincular al legislador estatal. El destinatario natural del Estatuto es el legislador autonómico, encargado de desarrollar los correspondientes preceptos estatutarios.

d) La regulación estatutaria sobre régimen local debe respetar, “en todo caso”, la competencia básica del Estado en la materia en virtud del artículo 149.1.18 CE. Se aborda, de esta manera, la relación entre regulación estatutaria sobre Gobiernos locales y la regulación estatal básica sobre la misma materia.

C) El régimen local es una materia caracterizada por tener una regulación bifronte. Este carácter es el resultado “de la actividad concurrente del Estado (...) y de las comunidades autónomas” (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio), de modo que “[j]unto a una relación directa Estado-corporaciones locales, existe también una relación, incluso más natural e intensa, entre estas y las propias comunidades autónomas” (STC 331/1993, de 12 de noviembre). Y aquella concurrencia, como no podría ser de otra manera, ineludiblemente pervive en cuanto el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de régimen local ha de ajustarse, necesariamente, a la competencia que sobre las bases de la misma corresponde al Estado ex artículo 149.1.18 CE, por lo que la regulación estatutaria ha de entenderse, en principio, sin perjuicio de las relaciones que el Estado puede legítimamente establecer con todos los entes locales.

En virtud del citado precepto constitucional, corresponde al legislador estatal fijar “unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales” de los entes locales constitucionalmente necesarios (STC 214/1989, de 21 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio). En otras palabras, el elenco competencial que el precepto estatutario dispone que tiene que corresponder a los Gobiernos locales en modo alguno sustituye

ni desplaza, sino que, en su caso, se superpone, a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada por el artículo 149.1.18 CE. Falta una expresa mención en el precepto estatutario a la competencia estatal.

En todo caso, integrar materialmente el contenido competencial de las entidades locales, desde la perspectiva constitucional, no resulta fácil. Existe un margen para la capacidad configuradora del legislador ordinario (estatal y autonómico), frente al que no es posible oponer la existencia de unos asuntos locales o provinciales por naturaleza. Incluso, se pone de manifiesto un proceso de asunción por parte de Administraciones superiores de la gestión de actuaciones que tradicionalmente correspondían a las entidades locales.

### 3. Ampliación de las competencias locales por incidencia de la Carta de autonomía local

La ampliación de las competencias de las entidades locales, en la jurisprudencia del TS, procede de otros criterios diferentes de la concepción constitucional de su autonomía, como son la incidencia de la Carta europea de autonomía local y el principio de subsidiariedad.<sup>2</sup>

La Carta europea de autonomía local (CEAL, en adelante) –elaborada en el seno del Consejo de Europa en 1985 y ratificada por España el 20 de enero de 1988, una vez obtenida la autorización de las Cortes Generales prevista en el artículo 94.1 CE– tiene un indudable valor normativo, y en cuanto se integra en el “bloque de legalidad” en materia de régimen local, vincula al legislador autonómico e, incluso, al estatal. Si bien se reconoce que resulta difícil concretar cuáles sean las consecuencias para aquellas leyes que contradigan o incumplan los mandatos de la CEAL, y el procedimiento o los procedimientos a seguir para garantizar su “superioridad”, sobre todo si se tiene en cuenta la posición del TC sobre la autonomía local y

2. El artículo 4.3 CEAL establece que “el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o de las necesidades de eficacia o economía”.

Este principio de subsidiariedad, recogido también en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada según el Tratado de Ámsterdam), es un criterio básico para la definición del interés local, que impide que una entidad superior desempeñe funciones que puedan realizarse con igual eficacia a nivel local y conecta con el principio de capacidad de gestión de cada institución local.

Finalmente, el artículo 4.2 del mismo CEAL reclama que las entidades locales tengan libertad plena, dentro del ámbito de la ley, para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Una especie de cláusula residual que debe contribuir a cerrar el sistema de lista atributiva de competencias.

la propia CEAL. El TC ha señalado que la CEAL no es parámetro de constitucionalidad de las leyes ni constituye canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal (STC 235/2000).

Pero, al mismo tiempo, debe reconocerse que dicha norma tiene mayor trascendencia en la jurisprudencia del TS, como ocurre de manera significativa en la sentencia de 29 de septiembre de 2003 sobre la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Zaragoza reguladora de la instalación de contenedores, que ha supuesto un paso significativo en la potestad normativa municipal en relación con la reserva de ley en materia de infracciones y sanciones administrativas.

Los tratados internacionales válidamente celebrados y ratificados en debida forma son parte integrante del ordenamiento jurídico. Así sucede con la CEAL, cuyo artículo 3 señala la propia noción de la autonomía local, considerándola como “el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

De este precepto se deduce que los entes locales deben tener capacidad efectiva, y que esa capacidad se refiere a ordenar al menos una parte importante de los asuntos públicos. Desde luego se añade que la capacidad efectiva de ordenación debe ejercerse en el marco de la ley, pero esta precisión no añade nada a la normativa del ordenamiento español, pues bien claramente se desprende del artículo 55 del texto refundido de las disposiciones vigentes sobre régimen local que las ordenanzas locales no pueden contener preceptos contrarios a las leyes, lo que interpretamos en el sentido de que deben dictarse en el contexto o marco de las leyes. Criterio que apunta a una vinculación negativa, en lugar de positiva, de las ordenanzas con respecto a las leyes.

Otra STS de 4 de julio de 2003 realiza también una aplicación de los conceptos establecidos en la CEAL, poniendo de manifiesto la diversificación de potestades ordenadoras y reguladoras de los entes locales. En concreto, hace especial hincapié en una específica expresión de la potestad normativa local, como es la potestad de autoorganización.

Utilizando los indicados criterios y el principio de descentralización administrativa reconocido por la Constitución, el TS ha efectuado una cierta decantación de competencias, reconociendo a la Administración local aquellas que son necesarias para atender a

los intereses que tienen una satisfacción más adecuada en la instancia local.

Por consiguiente, es difícil hablar de intereses que sean esencialmente locales o provinciales cuando se trata, en realidad, de intereses de las comunidades locales en relación con el interés público en sus diversas manifestaciones. O, dicho en otros términos: en el artículo 137 CE puede verse una universalidad de fines en los que tienen interés las instituciones locales, cuya satisfacción ha de atenderse mediante concretas habilitaciones o atribuciones legales de competencias, que no deben olvidar las exigencias del indicado principio de subsidiaridad y de eficacia.

#### 4. La garantía constitucional de la provincia

El TS, en sentencia de 20 de enero de 2005 (rec. de cas. 6904/2001), recuerda que:

“El Tribunal Constitucional, según se advierte en la sentencia 109/1998, de 21 de mayo, acogiendo la doctrina precedente expuesta en las sentencias constitucionales 32/1981 y 27/1987, afirma que la garantía de la autonomía provincial que se proclama en los artículos 137 y 141 de la Constitución significa que estas corporaciones de ámbito territorial provincial constituyen ‘entidades locales’ encomendándose su gobierno y administración autónoma a las diputaciones y otras corporaciones de carácter representativo que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, que presupone la atribución de un haz mínimo de competencias para atender a la gestión autónoma de los intereses provinciales cuya delimitación se atribuye al legislador.

“La autonomía provincial refiere el supremo intérprete de la Constitución, que debe ser entendida como el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios de cuantos asuntos le atañen, constituye en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal.

“El reconocimiento de esta garantía institucional de la autonomía provincial entraña que se halla protegida en cuanto reducto indisponible o núcleo esencial que ha de ser respetado tanto por el Estado como por los poderes autonómicos.

“Afirma el Tribunal Constitucional:

“Pues bien, descendiendo a la vertiente funcional de la autonomía provincial, el art. 137 CE se proyecta en la exigencia de que el legislador ha de atenderse a un *mínimo competencial* que, como competencias

propias, ha de reconocerse al ente local, a cuyo fin los órganos representativos de este han de hallarse dotados de aquellas potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible (SSTC 32/1981, fundamento jurídico 4.º; 170/1989, fundamento jurídico 9.º, y 40/1998, fundamento jurídico 39). De ahí que, refiriéndonos específicamente a la provincia, ya advirtiésemos al futuro legislador básico que estaba a su alcance *disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes pero no eliminarlas por entero; y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido solo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía, que es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución* [STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º, reiterado en STC 214/1989, fundamento jurídico 13 c)].

“De lo anterior se sigue que el legislador estatal básico ha de respetar la garantía institucional de la autonomía provincial, al regular la dimensión funcional o competencial de la autonomía local. Hemos de precisar, sin embargo, que no toda incidencia en la esfera competencial de la entidad local debe reputarse lesiva de la mencionada garantía institucional, toda vez que esta no se concibe como una garantía absoluta que impida toda suerte de afectación de la esfera de competencias legalmente asignadas, sino únicamente aquellas que menoscaben o vulneren el núcleo esencial e indisponible de la autonomía provincial, sin el cual esta no presentaría los caracteres que la hacen reconocible como institución.

“Solamente, por tanto, en aquellos casos en que, tras la injerencia, no subsista una verdadera capacidad decisora propia del ente local, podrá afirmarse que se ha infringido la garantía institucional, dado que la autonomía provincial se habrá visto privada *prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre*, burlándose de tal modo la interdicción consistente en la ruptura clara y neta con la *imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace* (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º, y STC 38/1983, fundamento jurídico 6.º).

“Pues bien, en la provincia, en cuanto entidad local *determinada por la agrupación de municipios* (art. 141.1 CE), cuya autonomía –de rasgos y perfiles específicos respecto de la autonomía municipal– es la concernida en este proceso constitucional, cabe considerar

como núcleo de su actividad el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial, a cargo de las diputaciones provinciales u otras corporaciones de carácter representativo; actividad que se traduce en la cooperación económica a la realización de las obras y servicios municipales, y que es llevada a la práctica a través del ejercicio de su capacidad financiera o de gasto público por parte del ente provincial. Es esta actuación cooperatora, pues, la que cabe identificar como el núcleo de la autonomía provincial, de tal manera que la ablación o menoscabo sustancial de dicho reducto indisponible han de reputarse lesivos de la autonomía provincial constitucionalmente garantizada.’

“El principio de autonomía provincial está sometido a límites derivados de la propia articulación constitucional de la organización territorial del Estado, en entes dotados cada uno de ellos de autonomía política, de modo que las diputaciones provinciales no pueden ejercitar las competencias que tienen atribuidas para aprobación de los planes provinciales de cooperación de obras y servicios municipales, lesionando a su vez el principio de autonomía local que preserva el derecho de los ayuntamientos afectados a participar en el procedimiento de aprobación del referido Plan provincial de cooperación, cuya aprobación definitiva corresponde a la Diputación, que determinará con carácter discrecional las obras que deben incluirse ponderando los intereses municipales contrapuestos dado el carácter limitado de los recursos, según se refiere en la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1998 (RC 1346/1992)”.

El TC, en la sentencia 31/2010, de 28 de junio, ha señalado “como cuestión de principio que el hecho de que un Estatuto de autonomía (en este caso el de Cataluña) no haga mención de la provincia, no puede suponer, en absoluto, la desaparición de esa entidad local en la Comunidad Autónoma (en el caso examinado en Cataluña). La provincia es una entidad asumida y asegurada en su existencia por la Constitución, que la define, al tiempo, como ‘entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios’, y como ‘división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado’ (art. 141.2 CE). En ninguno de ambos conceptos está condicionada la provincia a confirmación alguna por parte de los estatutos de autonomía, de manera que su silencio sobre la institución no puede significar una excepción de las previsiones constitucionales al respecto.

“Antes al contrario, atendida la función constitucional del Estatuto de autonomía como norma institucional básica de la respectiva Comunidad Autónoma, la omisión advertida encuentra razón bastante en la circunstancia de que el Estatuto catalán ha querido ceñirse a la disciplina de la organización territorial en la que se estructura la propia Generalitat de Cataluña; esto es, al único objeto que en realidad le es disponible, pues carecería de toda competencia para pronunciarse sobre la organización territorial del Estado en esa Comunidad Autónoma. En otras palabras, y como se desprende del art. 83 EAC, su objeto es la ‘organización del Gobierno local de Cataluña’, nunca la del Gobierno local del Estado en ese territorio [...]. La definición estatutaria (en el Estatuto de Autonomía de Cataluña) de la veguería como ‘Gobierno local’ (art. 90.2 EAC) en el ámbito intermunicipal de cooperación (art. 90.1 EAC) viene a corresponderse con la definición constitucional de la provincia como ‘entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios’ (art. 141.2 CE), pero, como en el caso de la veguería en su condición de ‘división territorial’ autonómica, tampoco esta su dimensión orgánica perjudica en absoluto a la que es también propia de la provincia, toda vez que la garantía constitucional de la provincia como entidad local no excluye la existencia de otras entidades de Gobierno supramunicipal, fuera, claro está, de aquellas que pudieran perjudicar la existencia y autonomía de la única que en ese ámbito está constitucionalmente garantizada [...] ninguna de las dos dimensiones definidoras de la veguería (como división del territorio a efectos intraautonómicos y como Gobierno local para la cooperación intermunicipal, que goza de autonomía para la gestión de sus intereses) perjudica en absoluto a la provincia como división territorial del Estado y como entidad local ni a las funciones constitucionales que le son propias; esto es, las de circunscripción electoral (arts. 68.2 y 69.2 CE), división territorial del Estado para el cumplimiento de sus actividades y la de entidad local con personalidad jurídica propia y dotada de autonomía (art. 141.1 CE). En tal sentido, la previsión estatutaria de la existencia de veguerías, sean cuales sean sus límites geográficos, no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña ni la de sus funciones constitucionales”.

La mencionada sentencia 31/2010 parte de la necesaria persistencia de la provincia en Cataluña, y descartada, por tanto, la tesis de su sustitución (supresión)

por la veguería, caben dos únicas posibilidades: la veguería como ente distinto de la provincia; y la veguería como la misma provincia con distinto nombre y diferente órgano de gobierno.

El TC admite la constitucionalidad de las dos posibilidades, “de manera que sea el legislador de desarrollo el llamado a concretar si la veguería es una nueva entidad local o una nueva denominación de la provincia” (FJ 40, párrafo 4.º).

a) Tesis de la adición o coexistencia. La veguería ente distinto de la provincia, como entidad local propia de Cataluña que se añadiría a la organización territorial existente. Más allá de las consideraciones de oportunidad, la principal objeción constitucional vendría del artículo 91.3 EAC, que impone la sustitución de las diputaciones provinciales por los consejos de veguería. Pero la constitucionalidad de este precepto se salva en la sentencia interpretando que dicha sustitución solo cabe si “los límites geográficos de las veguerías coinciden con los de las provincias” (FJ 41, *in fine*).

b) Tesis de la identificación. La veguería es la misma provincia, pero con denominación y órgano de gobierno distintos.

El TC admite la constitucionalidad de la identificación entre provincia y veguería. La veguería es la provincia en Cataluña, donde cuenta con una denominación y un órgano de gobierno distintos.

La sentencia afirma la constitucionalidad de esta opción en la medida en que la veguería “reúne en el Estatuto los caracteres típicos de la provincia” (artículo 40, párrafo 3.º).

Las provincias en Cataluña pueden denominarse veguerías y los consejos de veguería sustituir a las diputaciones provinciales, en la medida en que sean “otras corporaciones de carácter representativo” previstas en el artículo 141.2 CE.

Dicho de otro modo, el TC afirma que la garantía constitucional de la provincia no incluye la protección de la denominación, ni tampoco la de un único órgano de gobierno identificado con las diputaciones, como ya había afirmado en relación con las comunidades autónomas uniprovinciales (STC 32/1981).

Ahora bien, la constitucionalidad de esta segunda opción está condicionada a determinadas exigencias interpretativas, relativas al proceso de sustitución de las diputaciones provinciales por los consejos de veguería:

1.º) En el proceso de implantación de los consejos de veguería, corresponde a la legislación del Estado “determinar su composición y el modo de elección de

sus miembros”, así como “regular sus competencias en el orden local”.

Esta afirmación ha de ponerse en relación con lo dispuesto por la sentencia en relación con la distribución de competencias sobre el régimen local (FJ 94 y 100). Así, la identificación de la veguería con la provincia supone: primero, que el Estado tiene competencia exclusiva para regular el régimen electoral de la veguería; y, segundo, que la competencia sobre la forma de gobierno y las competencias de las veguerías tiene carácter compartido.

2.º) El artículo 91.4 EAC, que dispone que corresponde a una Ley del Parlamento catalán “la creación, supresión y modificación” de las veguerías, solo es constitucional si se entiende que lo único que puede hacer el legislador autonómico es la “creación de esa institución a efectos exclusivamente autonómicos”.

Lo único que la sentencia permite hacer al Parlamento catalán es alterar la denominación de la provincia en su condición de entidad local, sin que por sí solo pueda modificar sus límites territoriales, ya que tal decisión está reservada a una Ley orgánica.

3.º) Cualquier desarrollo del legislador catalán sobre las veguerías debe respetar los siguientes principios:

– Toda alteración del territorio provincial requiere una Ley orgánica.

– Las competencias del Estado en cuanto al régimen electoral, el régimen jurídico (competencias, órganos de gobierno, patrimonio, etc.) y hacienda de las veguerías.

4.º) El legislador autonómico puede, siempre con el necesario respeto de la autonomía provincial, regular o promover los siguientes aspectos de las veguerías:

– Competencias. Potenciar o no el papel de la veguería en el conjunto del sistema local, a través del desarrollo legislativo de lo establecido por el legislador básico estatal en cuanto a las competencias de la provincia, así como mediante la delimitación de las funciones del artículo 84.2 EAC que se le quieran atribuir.

– Organización y administración. Proceder al desarrollo legislativo de la organización del Gobierno y Administración de los consejos de veguería, en el marco de la legislación básica estatal.

– Promoción legislativa en materia electoral. Ejercer la iniciativa legislativa ante las Cortes Generales para que se apruebe la Ley orgánica que regule el régimen electoral de las veguerías.

– Promoción legislativa en relación con la alteración territorial. Ejercer la iniciativa legislativa ante las Cortes Generales para que se apruebe una Ley orgánica que

altere los límites territoriales de las provincias catalanas, teniendo en cuenta que es posible que dicha alteración se restrinja exclusivamente a su dimensión de la entidad local (veguerías).

## 5. Las competencias de la provincia en la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo

La delimitación de la competencia provincial que realizan el TC y el TS no es de naturaleza material, sino funcional, señalando, más bien, singulares técnicas de intervención.

Precisan el círculo de intereses a través de unos fines u objetivos a realizar por la provincia, de promoción del equilibrio interterritorial y coordinación de la Administración local con las Administraciones superiores, asignando a la Diputación funciones de coordinación, asistencia y cooperación municipal, y de prestación activa de servicios conectados con el ámbito municipal (prestación de servicios municipales).

La doctrina del TC y la jurisprudencia del TS no reconocen a la provincia unas determinadas competencias materiales atribuidas en exclusiva, pero tampoco excluyen de su ámbito ninguna materia de índole local. Así, la distinción entre lo municipal y lo provincial no se encuentra en una discriminación de categorías sustantivas, sino en “las funciones que cada nivel territorial realiza respecto de unos mismos asuntos”.

Las funciones provinciales se ejercen en relación con los servicios mínimos municipales, y con las competencias de actividades complementarias de los municipios. Y su cometido final es la búsqueda del equilibrio municipal, la prestación de servicios del mismo carácter y la coordinación de la Administración local con las Administraciones territorialmente superiores.

Tanto pronunciamientos del TC como del TS reconocen un interés provincial a funciones de carácter inter o supramunicipal, como las de asistencia, cooperación, coordinación de actividades o prestación directa supramunicipal de servicios de índole local. Y ello con independencia de que en dichas actuaciones concurren otros poderes públicos y, muy singularmente, los propios municipios. Pues el criterio decisorio para identificar la competencia provincial no radica en el contenido, sino en la función que se ejerce sobre materias locales.

Son fines propios y específicos de la provincia garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipal en el marco de la política económica y social, en una doble vertiente: como ente supramunicipal, asegurando la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal; y como ente intermedio, participando en la coordinación de la Administración local con la Comunidad Autónoma y la del Estado.

A) Como ente supramunicipal, la provincia desarrolla competencias tradicionales, como estructura de apoyo a los municipios para la coordinación y prestación de servicios públicos de interés municipal que resulten de difícil o imposible cumplimiento por la escasez de recursos económicos del municipio, la dimensión del servicio y la conveniencia de ejercer la prestación más allá del término municipal o en conjunción con otros.

Las actividades realizadas desde este nivel participan de la definición de la provincia como agrupación de municipios.

Consecuentemente serán la coordinación de los servicios y la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios el objetivo básico y primordial de la acción pública de las diputaciones.

En síntesis, los fines de la provincia son los que cabe deducir de su carácter de corporación instrumental desde la óptica supramunicipal. Solo ellos constituyen el auténtico núcleo básico de responsabilidad en el que "necesariamente" deben atribuirse competencias a las provincias (STC 244/1989).

En este sentido, la provincia como corporación de corporaciones no tiene otros fines propios y específicos –y, por tanto, otra capacidad– que los de garantizar la solidaridad y equilibrio intermunicipales mediante la coordinación de municipios y la prestación a estos de asistencia técnica, económica y jurídica que necesitan para el normal funcionamiento de sus propias actividades y servicios.

Corresponde a la provincia garantizar unos mínimos estándares en la prestación de servicios públicos municipales en su ámbito, y, conseguido este objetivo, proceder a la corrección de los desequilibrios prestacionales, incidiendo de forma más acusada sobre las áreas municipales más desfavorecidas, de manera que asegure el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y la mayor eficacia y economía en la prestación de estos, mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación de los municipios.

Separado este nivel básico, la actividad provincial debe dirigirse a la prestación de aquellos servicios municipales que, por sus características, se postule como más idónea su realización a nivel supramunicipal o intermunicipal.

La STS de 10 de junio de 2010 (rec. de cas. 4891/2009) señala: "'[s]on fines propios y específicos de la provincia (...) [a]segurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal' [letra a)]; en su art. 36, apartado 1, que es competencia propia de la Diputación, en todo caso, '[l]a coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del número 2 del artículo 31' [letra a)]; y, por último, en el mismo art. 36, apartado 2, que, a los efectos de la letra a) del número anterior, la Diputación '[a]segura el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y la mayor eficacia y economicidad en la prestación de estos mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación con los municipios' [letra b)]".

Tales competencias se desarrollan básicamente a través de los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal.

B) Como ente intermedio, la provincia funciona como eslabón entre el Estado y la Comunidad Autónoma con el municipio.

La provincia se consolida como una esfera de encuentro de la política regional o estatal y la municipal. Es el interlocutor que coordina la visión de conjunto de los intereses municipales y asegura la actuación armónica del Estado y la Comunidad Autónoma en el mundo local. Puede asumir el carácter de centro de coordinación y de impulso de la agregación intermunicipal en su relación con la región.

Esta vertiente de la provincia lleva también a una interiorización de la coordinación en el propio ámbito de sus competencias. Esta visión conduce a "flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias" (STC 214/1989, de 21 de diciembre). La traslación al plano positivo se encuentra en la propia Ley básica que establece como mecanismos típicos de "integración de los actos parciales en la globalización del sistema" (STC 32/1983, de 8 de abril): la información recíproca (artículo 56), la cooperación funcional y concertada (artículo 57), la colaboración orgánica (artículo 58) y la coordinación como técnica de supraordenación del sistema (artículo 59).

## 6. Los conceptos de coordinación, colaboración y cooperación. Referencia a la coordinación en la LRBRL

No resulta sencillo precisar, en el ámbito de las relaciones interadministrativas, la noción de colaboración y cooperación, especialmente en contraste con el concepto de coordinación. La doctrina no es unánime al precisar las diferencias, y tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo no se han caracterizado en este punto por el rigor, destacando más bien por una cierta imprecisión terminológica al referirse a dichos conceptos.

La colaboración, cooperación y coordinación constituyen principios funcionales que se insertan en el sistema de distribución de competencias, flexibilizando su rigor, “pero sin alterar la titularidad de las competencias propias de los entes territoriales”. Ahora bien, en la precisión conceptual de estos principios, aparece más evidente la necesidad de sustantivar el de coordinación frente al de cooperación y de colaboración, que la conveniencia de diferenciar a su vez estos dos últimos principios.

A) Coordinación. La Sala 3.<sup>a</sup> del TS, en sentencia de 18 de julio de 1997, señalaba que “ciertamente, presenta alguna dificultad, por su propia ambigüedad, determinar el sentido que tiene el carácter de órgano de coordinación frente al de órgano de cooperación o de colaboración. Se distingue, incluso, una doble acepción [de órgano de coordinación]; en primer lugar, una concepción formal que alude a un determinado método de actuación de las partes [de las Administraciones] en el ejercicio de sus respectivas competencias, aunque preservando en todo momento la independencia y autonomía de las distintas Administraciones en el momento de la decisión; se facilita de este modo la participación en la fijación de los objetivos y en la elaboración de planes o programas comunes. Desde esta perspectiva, la potestad de coordinación no delimita las competencias legalmente atribuidas, sino que es un modo de desenvolvimiento de estas, sin que suponga una redistribución competencial con una limitación o condicionamiento de los poderes legalmente atribuidos. Pero, en segundo término, existe una concepción material que atribuye al órgano de coordinación una cierta posición de superioridad respecto de los entes coordinados, que permite orientar su comportamiento de forma decisoria a través de directrices de criterio de actuación obligatoria...”. (FJ 4.º).

De esta forma, el Tribunal Supremo se hacía eco de las dos posiciones extremas sobre el concepto de la potestad de coordinación, expresamente prevista en el artículo 149.1 núm. 13, 15 y 16. La primera sostiene que no puede entenderse que el titular de la coordinación tenga atribuidas potestades para incidir o condicionar el ejercicio de las competencias de los entes coordinados, sino que supone que las competencias se desenvuelvan de una manera determinada, con un conocimiento previo de las necesidades, ajustando el ejercicio de las competencias por quien sea su titular hacia objetivos predeterminados, después de contrastar los criterios de todos los entes responsables.

La concepción material de la coordinación, atribuye a esta una cierta capacidad de imposición coactiva por parte del órgano o ente coordinante respecto de los coordinados. De este modo el ente coordinante logra autoritariamente la coherencia de la actuación de los entes territoriales inferiores. Aquel dispone de unos poderes de dirección que, sin llegar a alcanzar la intensidad propia de los poderes jerárquicos, contribuyen a definir una relación de la que forma parte la posibilidad de impartir directrices y criterios de actuación de obligado cumplimiento para los sujetos coordinados.

Con base en las notas características expuestas, se ha afirmado que el rasgo fundamental que permite diferenciar las técnicas de la cooperación o colaboración de la técnica de la coordinación, es precisamente el distinto grado de voluntariedad que concurre en uno y otro caso. La cooperación y la colaboración, a diferencia de la coordinación, es una técnica que deja mayor espacio a la autonomía de los sujetos afectados por ella, presuponiendo una actividad conjunta de dichos sujetos, que se encuentran en una situación de paridad.

Cabe, sin embargo, hablar de un tercer criterio sobre el concepto de la coordinación, que distingue entre el ámbito de la organización, dentro del cual se entiende integrado el procedimiento, y el ámbito de las competencias de cada sector de la actividad. Desde el punto de vista de la organización, la existencia de una pluralidad de Administraciones Públicas que tienen como cometido la satisfacción de necesidades sociales determina que, por razón de la eficacia administrativa y la unidad del sistema, se establezcan fórmulas de relación entre las que se encuentra la coordinación atribuida al Estado, que es quien tiene la competencia para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que garanticen un tratamiento común de los administrados ante ellas y para fijar,

asimismo, un procedimiento administrativo común. Son esos principios los que legitiman al Estado para establecer mecanismos formales de coordinación, es decir, un tipo de procedimiento de actuación.

Por el contrario, en relación con las competencias que se ejercitan en ciertos sectores materiales de la actividad, la coordinación tiene un sentido material, actuando como límite a la plena disposición de la competencia por parte del ente sometido a la coordinación. Este límite encuentra su sentido en la necesidad de proteger los intereses u objetivos generales dentro de cada sector concreto de actuación de las distintas Administraciones Públicas.

En la doctrina del Tribunal Constitucional se encuentran tanto elementos propios de la concepción formal como de la material. Así, por una parte, ha señalado que la coordinación general ha de ser entendida como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades [sanitarias] estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal manera que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema [sanitario] (STC 32/1983, de 28 de abril. Conflicto de competencia promovido por el Gobierno Vasco contra RRDD de 27 de noviembre de 1981, sobre registro sanitario de alimentos y sobre coordinación y planificación sanitaria). Por otra, en posterior sentencia (STC 214/1989, de 21 de diciembre, resolutoria de recursos de inconstitucionalidad interpuestos en relación con determinados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en adelante LRRL) se inclina por la concepción material, al igual que el Tribunal Supremo, que, en la referida STS de 18 de julio de 1997, señala que "es lo cierto que en las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras no son equiparables [las facultades de coordinación y de colaboración], puesto que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado, lo que es de por sí un elemento diferenciador de primer orden, que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas".

No obstante, de la doctrina del Tribunal Constitucional se pueden extraer las siguientes notas caracterizadoras de la coordinación:

–El ejercicio de medidas de coordinación exige la concurrencia de un título competencial concreto (necesidad de título competencial). Al contrario que la colaboración, que forma parte de la esencia del sistema de organización territorial y no necesita fundarse en precepto concreto.

–La coordinación constituye un límite al ejercicio de las competencias de los entes coordinados, mientras que la colaboración o cooperación no puede ser utilizada para limitar el ejercicio de las competencias de los distintos entes territoriales.

–Cuando existe la atribución de una competencia de coordinación, es posible establecer medidas necesarias y suficientes para lograr los objetivos que la coordinación persigue. La colaboración o cooperación, en cambio, no permite la adopción de medidas coercitivas.

B) Colaboración y cooperación. La colaboración puede entenderse en una acepción genérica que incluye la coordinación, cooperación y colaboración en sentido estricto. Pero, en este último sentido, la colaboración se ha considerado como un deber de auxilio mutuo que debe presidir las relaciones entre los distintos poderes territoriales. Ahora bien, si así concebida, en su acepción estricta, la colaboración resulta diferenciable de la coordinación, ya que aquella, de carácter paritario, es ajena a los poderes de dirección propios de esta, la distinción con la cooperación resulta más convencional. En efecto, las técnicas de cooperación pueden entenderse como manifestaciones específicas o concreciones de ese deber de auxilio entre las Administraciones Públicas, en la medida en que suponen la actuación conjunta o mancomunada de las competencias de diversos sujetos para la obtención de un resultado.

En síntesis, puede decirse que la cooperación se caracteriza por ser voluntaria y por estar situadas las entidades cooperantes en pie de igualdad jurídica. En cambio, la coordinación entraña una cierta capacidad directiva o decisoria, que sitúa a la entidad competente para coordinar en una posición de supremacía o superioridad respecto de las coordinadas.

La cooperación no supone un límite a las competencias de las entidades cooperantes, mientras que sí lo es la coordinación. Si esta implica la facultad de decidir, es imposible respetar escrupulosamente las competencias de las entidades coordinadas. Por ello, la STC 2/1987, de 28 de febrero, reconoce que la coordinación es un límite al pleno ejercicio de las competencias propias de las corporaciones locales. Por consiguiente,

la coordinación solo es admisible en los supuestos expresamente previstos por la ley, mientras que la cooperación es posible, esté o no prevista, en virtud del principio de colaboración.

C) La voluntariedad y la asignación competencial en la cooperación. La voluntariedad es una característica esencial de las técnicas de cooperación que, a su vez, arrastra un inicial plano de igualdad entre las partes cooperantes. O, en otros términos, comporta la constitución de una relación bilateral libremente acordada. Más concretamente, la voluntariedad se entiende referida a la libertad de los entes para realizar acuerdos de cooperación, de tal manera que su presencia es requisito imprescindible para cualquier base negocial cooperadora.

No obstante, debe tenerse en cuenta la existencia de una cooperación que tiene su origen en una atribución competencial. El ordenamiento jurídico asigna determinadas funciones a una Administración Pública para que las ejerza en beneficio de otra. En unos casos se manifiesta como una actuación material concreta del ente que tiene encomendado el ejercicio y la titularidad de esa función; y, en otros, se transforma en el establecimiento de órganos mixtos de colaboración.

La articulación del procedimiento de cooperación, en cuanto función, se manifiesta en dos subgrupos: De una parte, la denominada cooperación orgánica o facultad de un ente público territorial para crear órganos de colaboración compuestos por miembros de distintas Administraciones Públicas (artículo 58 LRBRL). De otra, la cooperación competencial, por la que los poderes públicos quedan obligados a ejercer acciones en provecho y ayuda de otras Administraciones menores, con capacidad económica o técnica insuficiente.

D) La potestad de coordinación. Esta manifestación de la coordinación ha adquirido especial relieve en relación con la actividad de las entidades locales, y más en concreto en la relación comunidades autónomas-diputaciones provinciales.

La LRBRL, ante la falta de acuerdo y en determinadas actividades, prevé una actuación coordinadora del Estado o de las comunidades autónomas obligatoria para las entidades locales (Cfr. artículos 10.2 y 3, y 59 LRBRL).

A través de planes sectoriales, como establece el mencionado artículo 59.1 LRBRL, pueden quedar fijadas determinadas directrices de actuación a las que las entidades locales deberán ajustarse en el ejercicio de sus competencias, aunque para que pueda aplicarse

tal cooperación es necesario que en la actividad o servicio local objeto de la misma se den las circunstancias a que se refiere el indicado artículo 10.2 y 3. Por otra parte, dado que la coordinación obligatoria opera como un límite efectivo al ejercicio de las competencias locales, la misma necesariamente ha de tener un carácter subsidiario respecto de las fórmulas de colaboración voluntaria.

## 7. La cooperación intraprovincial

Las figuras de la cooperación intraprovincial, es decir, aquellas que desarrollan las diputaciones con los ayuntamientos, se encuentran contempladas en el artículo 36.1 LRBRL. Y, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, pueden señalarse las siguientes notas caracterizadoras:

A) Se trata de una competencia propia de las diputaciones provinciales atribuida directamente por la Ley de bases, y es, además, una competencia-deber.

B) El fin u objetivo de la cooperación es la gestión de las actividades y servicios públicos que competen a los entes locales, tal como aparecen en el artículo 25 LRBRL, pero sobre todo los relacionados como mínimos en el artículo 26.

C) Existe un doble criterio selectivo para establecer las prioridades:

El tamaño de los municipios o su capacidad económica y de gestión a que alude el artículo 36 y que opera en sentido inverso, a menor capacidad mayor intensidad de la cooperación.

La calidad de los servicios, como señala el artículo 30.4 TRRL: la preferencia entre los distintos servicios mínimos a que alude el número anterior se determinará sobre la base de los objetivos a que se refiere el artículo 36.2.a) LRBRL, atendiendo a las circunstancias de cada municipio y con respecto a las prioridades sectoriales que se determinan en la forma establecida en el artículo 59 de esta Ley. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la cooperación puede ser total o parcial, según aconsejen las circunstancias económicas de los municipios interesados.

D) Los medios disponibles por las diputaciones para la cooperación son: a) los medios económicos propios de las mismas que se asignen; b) las subvenciones que conceda el Estado o la Comunidad Autónoma; c) las subvenciones o ayudas de cualquier procedencia; y d) el producto de operaciones de crédito.

E) Las formas o instrumentos de cooperación son: a) asistencia administrativa en el ejercicio de las funciones públicas necesarias; b) asesoramiento jurídico, económico y técnico; c) ayudas de igual carácter en la redacción de estudios y proyectos; d) subvenciones a fondo perdido; e) ejecución de obras e instalaciones de servicios; f) concesión de créditos; g) creación de consorcios u otras formas asociativas legalmente autorizadas; h) suscripción de convenios administrativos, e i) cualesquiera otras que la Diputación establezca con arreglo a la ley.

La STS de 10 de junio de 2010 (rec. de cas. 4891/2009) señala que “para alcanzar el objetivo de la prestación integral del servicio obligatorio en el seno de la Diputación la norma reclama de dicho ente la creación de dos tipos de fórmulas de colaboración, orientadas ambas a ‘flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias’ [STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f]: la coordinación y la cooperación. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado desde muy temprano que, ‘[l]a diferencia existente entre las técnicas de cooperación y las de coordinación encuentra, en efecto, una adecuada expresión en la L. R. B. R. L., dado que, junto a los arts. 57 y 58, en los que se expresan esas técnicas cooperativas, ya sea funcional u orgánicamente, en los arts. 10.2, 59 y 62, se concretan facultades de coordinación de las Administraciones Públicas’ [STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f]; en el mismo sentido, STC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 5 A)]. ‘La Administración local y las demás Administraciones Públicas –señala con carácter general el art. 10.1 LBRL– ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos.’

“En particular, el art. 10.2 de la LBRL dispone que ‘[p]rocederá la coordinación de las competencias de las entidades locales entre sí y, especialmente, con las de las restantes Administraciones Públicas, cuando –como sería el caso– las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de estas’; el art. 31.2.b) LBRL establece como un fin propio es específico de la provincia el de ‘[p]articipar en la coordinación de la Administración local con la de la Comunidad Autónoma’; y, como ya hemos señalado, el art. 36.1.a) LBRL señala como competencia propia de la Diputación la ‘coordinación

de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada’ en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal a que alude el art. 31.2.a) LBRL.

“Y, de los caracteres más sobresalientes que el Tribunal Constitucional ha identificado en la figura de la coordinación –en una doctrina que, aunque dictada en ocasiones en relación con la colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas, resulta trasladable aquí *mutatis mutandi*–, merece la pena ahora destacar cuatro. En primer lugar, que la coordinación ‘persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema’ [entre las últimas, SSTC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 8; y 13/2007, de 18 de enero, FJ 7]. En segundo lugar, que la coordinación tiene lugar en aquellas materias en las que existen competencias de la Comunidad Autónoma [diputaciones provinciales] y los municipios [del Estado y las comunidades autónomas] que deben ser coordinadas (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 8). En tercer lugar, que esa coordinación corresponde hacerla a la Comunidad Autónoma [Diputación Provincial] [el Estado] (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 8), de manera que puede afirmarse que en este ámbito la Comunidad de Madrid [Comunidad uniprovincial que asumió las competencias de la Diputación Provincial] impone fórmulas de coordinación que los municipios tienen necesariamente que asumir, razón por la cual el Tribunal Constitucional ha conectado la coordinación con la idea de ‘imposición’ (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9). Y, finalmente, que la Comunidad Autónoma, [Diputación Provincial], al coordinar las competencias de los municipios debe, obviamente, respetarlas (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 8) o, dicho de otro modo, que la coordinación no puede determinar que la Comunidad Autónoma de Madrid [Diputación Provincial] asuma competencias que no le corresponden. Así lo dejan claro tanto el art. 10.3 LBRL, al disponer que ‘[l]as funciones de coordinación no afectarán en ningún caso a la autonomía de las entidades locales’, como el art. 55 LBRL, que señala que para ‘la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas’, las comunidades autónomas y las entidades locales ‘deberán en sus relaciones recíprocas’ respetar ‘el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias.’

“Es verdad que la LBRL no alude solo a la que podríamos llamar colaboración ‘forzosa’ o coordinación, sino que, como indica el Ayuntamiento [...], también se refiere en algunos de sus preceptos a la cooperación de la provincia –así pues, la Comunidad Autónoma de Madrid– con los municipios. Así, con carácter general, el art. 36.1.b) LBRL establece entre las competencias propias de la Diputación (léase Comunidad de Madrid) la ‘asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica de los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión’; y, en particular, como ya hemos reflejado, el art. 36.2.b) LBRL dispone que la Diputación (Comunidad de Madrid) asegura el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal, como el de prevención y extinción de incendios, y la mayor eficacia y economicidad en la prestación de los mismos ‘mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación con los municipios’. Y la cooperación, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, se define, entre otros, por los siguientes rasgos: a) en primer lugar, obliga a establecer fórmulas de colaboración en aquellos casos en los que en una misma materia la Comunidad Autónoma [Diputación Provincial] y los municipios [el Estado y las comunidades autónomas] tienen competencias compartidas o concurrentes (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 66; y 13/2007, de 18 de enero, FFJJ 7 y 8); b) en segundo lugar, en la cooperación todas las partes implicadas, en principio, parten de una situación de equilibrio, de donde se infiere que la cooperación, a diferencia de la coordinación, tiene carácter voluntario, no puede ser impuesta (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 31); c) en tercer lugar, que ‘su instrumentación y puesta en práctica no permite alterar las competencias de los sujetos llamados a cooperar’ (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9). Esto último es algo que especifica el art. 57 LBRL, en virtud del cual, la ‘cooperación económica, técnica y administrativa’ entre la Administración local y la de las comunidades autónomas ‘se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban.’

“Dentro de las fórmulas de cooperación puede incluirse la llamada encomienda de gestión regulada en el art. 15 de la Ley 30/1992, precepto que, entre otras cosas, establece que la ‘realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia’ de las entidades de derecho público podrá ser

encomendada a otras entidades ‘por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño’ (apartado 1); que la ‘encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio’ (apartado 2); y, en fin, que, con carácter general, cuando ‘la encomienda de gestión se realice entre órganos y entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas’ (apartado 3)”.

## 8. Asistencia

De manera particular, la doctrina del TC y la jurisprudencia del TS contemplan las siguientes formas de asistencia:

A) Convenios de colaboración. Estos convenios constituyen una figura negocial en torno a la cual se desarrolla una colaboración bilateral.

La capacidad de las Administraciones para la celebración de convenios deriva de su propia personalidad jurídica, tal y como ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional (SSTC 71/1983, de 29 de julio; 123/1984, de 18 de diciembre; 93/1986, de 14 de julio; y 86/1988, de 3 de mayo, entre otras).

Los convenios están regidos por el principio de voluntariedad y libre consentimiento de las Administraciones, que deciden ejercitar sus competencias de común acuerdo. Sistemáticamente se ubican en la teoría de la organización administrativa.

Aunque no se trata de contratos, no suponen la mera aplicación de efectos legales, sino que descansan en la autonomía de la voluntad administrativa ejercida en el marco del ordenamiento jurídico. Crean *ex voluntate* derechos y obligaciones que afectan al ejercicio de las competencias, no a la titularidad de estas.

Precisamente, de la referida naturaleza negocial derivan ciertos límites. En primer lugar, los que derivan del carácter indisponible de la competencia, de manera que el convenio no puede servir para alterar la distribución constitucional y estatutaria de la competencia. Así lo ha entendido la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 71/1983, 11/1984, 95, 96/1986 y 13/1992). La eficacia de los convenios queda, pues, sujeta al límite de su adecuación al orden constitucional y legal de competencias. Pero, en lo demás, el convenio vincula y obliga a las partes con arreglo a su propio contenido. Como señala una STS de 16

de julio de 1997, el artículo 57 LRRL se refiere a los convenios administrativos como instrumentos de cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas. Convenios estos que tienen la misma significación en el ámbito de las relaciones administrativas entre entidades locales, y a los que resulta aplicable el principio de que, en ningún caso, pueden suponer alteración o renuncia de las propias competencias legalmente atribuidas. Pero, respetado este ámbito, vinculan a las partes con arreglo a su propio contenido.

En segundo término, cada Administración debe actuar en el ámbito de sus respectivas competencias determinadas por las normas reguladoras de la organización de cada ente.

El convenio es generador de obligaciones jurídicas con un contenido que puede ser diverso: aprobación de normas, realización de determinadas actuaciones administrativas, adopción de una concreta planificación o la participación en un determinado organismo.

Nada se ha previsto expresamente, con carácter general, sobre los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de los compromisos asumidos por las partes. Debe estarse, por tanto, a las propias cláusulas de responsabilidad que puedan incorporar. El propio convenio puede establecer las medidas a adoptar frente a la Administración que incurra en incumplimiento o morosidad, sin perjuicio de la posibilidad de crear una comisión mixta de seguimiento a la que se atribuya la resolución de las cuestiones que la aplicación del convenio pueda suscitar.

La intervención jurisdiccional puede versar sobre la validez del convenio o sobre el contenido y alcance de las obligaciones de colaboración que de él surjan, resolviéndose las pretensiones ordinariamente en sede jurisdiccional contencioso-administrativa.

B) Consorcios. Los consorcios han tenido su presencia más característica en el ámbito de la Administración local, aunque bajo dicha denominación se incluyen realidades administrativas diversas que solo parcialmente encajan en una categoría jurídica unitaria.<sup>3</sup>

Los consorcios locales están contemplados en la LRRL, en el artículo 57, que los considera como uno de los medios de carácter voluntario a través de los cuales cabe canalizar la cooperación económica, técnica y administrativa, y en el artículo 87, que dispone que las entidades locales pueden constituir dichos consorcios con otras Administraciones Públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas.<sup>4</sup>

Puede constituir y formar parte de consorcios cualquier entidad local del artículo 3 LRRL, no solo los municipios, provincias e islas, sino también las de ámbito territorial inferior al municipio, las comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios.

Dentro de las actividades de competencia local, los posibles objetos del consorcio son muy variados. Así, la jurisprudencia señala que: "No existen motivos que impidan la utilización de estos entes para las más diversas funciones y cometidos, siempre que no se salgan de la órbita funcional de la Administración local, ya que la fórmula empleada en el artículo 37 del Reglamento de

3. El artículo 6.5 LRJ y PAC prevé, sin embargo, la posibilidad de que los consorcios se integren por diversas Administraciones Públicas sin que ninguna de ellas tenga carácter de Administración local. El precepto contempla el Consorcio como organismo instrumental de gestión, creado en virtud de convenio y dotado de personalidad jurídica pública, cuyos fines y régimen organizativo y financiero se determinan en sus respectivos estatutos.

4. El TRRL se ocupa de los consorcios en tres lugares distintos de su articulado: al regular las competencias de la provincia, el artículo 30.6 enumera como forma de cooperación de las diputaciones con los municipios la creación de consorcios; en el capítulo dedicado a las relaciones interadministrativas, el artículo 70 menciona expresamente los consorcios entre las formas por las que las entidades locales pueden asumir o colaborar en la realización de obras o en la gestión de servicios del Estado, incluidos los de la Seguridad Social; y, en el capítulo dedicado a actividades y servicios, el artículo 110 aborda directamente el régimen de los consorcios. Les reconoce personalidad jurídica; señala que se crean por las Administraciones locales con otras Administraciones Públicas para fines de interés común, o con entidades privadas para fines de interés común, o con entidades privadas para fines de interés público concurrente; remite a sus estatutos las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero, así como la composición concreta de sus órganos de decisión, que incluirá a representantes de las distintas entidades consorciadas; y establece que para la gestión de los servicios de su competencia pueden utilizar cualquiera de las formas previstas en la legislación de régimen local.

La regulación general se completa por el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL), de 17 de junio de 1955, que se ocupa de los consorcios en los artículos 37 a 40. Y por la LRJ y PAC, cuya normativa sobre los consorcios es declarada expresamente supletoria por el artículo 9.

La legislación sectorial prevé en ocasiones los consorcios con finalidad determinada, y, en algunos casos, establece singularidades en su régimen.

servicios de 1955 no puede ser más amplia al referirse tanto a la instalación como a la gestión de los mismos, tanto para la realización de las obras o instalaciones que sirven de soporte estructural a determinados servicios como para la gestión propia de estos”.

El origen de los consorcios, de carácter voluntario y asociativo, suele ser un convenio plurilateral. Y junto al convenio de constitución, las entidades consorciadas deben aprobar los estatutos que determinan las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero.

Para esta aprobación habrá de seguirse el procedimiento correspondiente según la legislación específica de cada una de las entidades consorciadas. En el caso de los municipios y provincias, la jurisprudencia exige acuerdo del Pleno del Ayuntamiento o la Diputación, adoptado por mayoría absoluta [artículos 22.1.b), 47.3, 49 LRRL y 70.27 ROF]. Ha desaparecido el mecanismo de tutela que suponía la aprobación por una Administración distinta, aunque la legislación catalana y andaluza dispone la remisión de los acuerdos a la Administración autonómica.

El régimen jurídico de los consorcios es el de las Administraciones Públicas, incluido el sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que los estatutos puedan alterar esta aplicación general del Derecho Administrativo. Ello no impide la utilización instrumental del Derecho privado en igual medida que ocurre con la Administración local.

C) Constitución de órganos mixtos de colaboración con las entidades locales.

El artículo 58 LRRL alude a la cooperación orgánica, aunque con una cierta imprecisión terminológica, ya que se refiere al propio tiempo a la “coordinación”, sin diferenciar ambos principios como exige el rigor técnico.

No obstante, aunque existan órganos mixtos creados para llevar a cabo la técnica coordinadora, ha de reconocerse la posibilidad concreta de que tales órganos atiendan específicamente al criterio de cooperación.

Los órganos de colaboración pueden tener ámbito autonómico o provincial, y carácter general o sectorial (artículo 58.1 LRRL), y en ellos pueden participar tanto la Administración del Estado como las de las comunidades autónomas (artículo 58.2 LRRL).

## 9. Los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal (PPCOS)

A) Antecedentes.

Aunque existen diversos instrumentos de planificación provincial, los PPCOS constituyen la forma tradicional de cooperación de las diputaciones provinciales a las obras y servicios de competencia municipal. Y debe tenerse en cuenta que, precisamente, esta cooperación a los servicios mínimos municipales ha servido para dar contenido a la actuación de dichas diputaciones, completando sus históricas competencias sobre servicios de beneficencia y comunicaciones de la provincia.<sup>5</sup>

En época reciente la competencia provincial sobre los PPCOS se reconoce en el Real decreto 688/1978, de 17 de febrero, que prosiguió el proceso descentralizador que en esta materia había iniciado el Decreto 1087/1976, de 23 de abril. Este ya había encomendado a las diputaciones la tarea de estudiar, elaborar y ejecutar tales planes (artículo 2.1); un conjunto de atribuciones que se amplía con el Real decreto 688/1978, al reconocerles la facultad de aprobarlos

5. La Ley de bases de régimen local de 17 de julio de 1945, en su base 43, dispuso que las diputaciones cooperasen a la realización de los servicios municipales mínimos, cooperación que se desarrollaría en el texto articulado de la Ley de 16 de diciembre de 1959, artículos 255 a 258.

La Ley de bases de Haciendas locales de 3 de diciembre de 1953 estableció un arbitrio sobre la riqueza provincial, del que debía aplicarse una determinada cantidad fijada anualmente por el Ministerio de la Gobernación a la función cooperadora.

El texto refundido de la Ley de régimen local, de 24 de junio de 1955, dedicó la sección 3ª del capítulo primero, del título II, a la cooperación provincial de los servicios municipales. Las diputaciones debían cooperar a la efectividad de los servicios municipales, principalmente de los obligatorios, que no puedan ser establecidos por los ayuntamientos (artículo 255). Para el desarrollo de esta cooperación redactarán las diputaciones, oídos los ayuntamientos, planes bienales ordinarios que se ejecutarán anualmente.

El RSCL de 17 de junio de 1955, en el artículo 156, dispuso que las diputaciones provinciales y los cabildos insulares tendrán la misión obligatoria e inexcusable de cooperar a la efectividad de los servicios municipales. El procedimiento de elaboración del Plan suponía la redacción por las diputaciones, oídos los ayuntamientos, y la aprobación definitiva por las comisiones provinciales de servicios técnicos. Y serían estos órganos de composición mayoritariamente estatal los que, fundamentalmente, desde la Ley de presupuestos de 1957, canalizarían la cooperación provincial, subordinada a los planes estatales. De este modo las diputaciones, a través del arbitrio sobre la riqueza provincial, orientaron su cooperación a facilitar a los ayuntamientos incluidos en los planes de inversiones, las sumas necesarias para cubrir las aportaciones de los municipios, con lo que la cooperación quedaba desvirtuada, puesto que se orientaba a cubrir económicamente los servicios que el Estado eligiera, sin tener en cuenta los mínimos y obligatorios.

(artículo 9.1). En el sistema diseñado en este Real decreto, la participación estatal se concentraba fundamentalmente en contribuir, junto a las entidades locales citadas, a la financiación de los planes (artículo 2); correspondiendo, consiguientemente, al Consejo de Ministros la aprobación de la "distribución del crédito estatal" (artículo 3), y a las comisiones provinciales de colaboración del Estado con las corporaciones locales –entre otros aspectos– el control de la ejecución de las "obras y servicios en las que exista subvención estatal" (artículo 21).

Pero este régimen no tuvo aplicación práctica en Cataluña, según la STC 109/1998, de 21 de mayo, que resuelve diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en relación con determinados preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/1987, de 4 de abril, del régimen provisional de competencias de las diputaciones provinciales, y de la Ley del Parlamento de Cataluña 23/1987, de 23 de diciembre, por la que se establecen criterios de financiación de las obras y servicios a incluir en el Plan único de obras y servicios. En efecto, el Real decreto ley 41/1977, de 29 de septiembre, por el que se restableció provisionalmente la Generalidad, había reconocido a esta la atribución de "integrar las actuaciones de las diputaciones de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona, en cuanto afecte al interés general de Cataluña, y coordinar sus funciones en el ámbito de la Generalidad, manteniendo dichas diputaciones su personalidad jurídica" [artículo 6 b)]. Consecuentemente, muy poco tiempo después de aprobarse el nuevo sistema de planes provinciales, se diseña un específico modelo para Cataluña en el Real decreto 2515/1978, de 26 de julio. Su artículo 2, "para la debida coordinación" de todas las Administraciones involucradas, prevé en su párrafo segundo, que la Generalidad confeccionase, aprobase y ejecutase un Plan único de obras y servicios para su territorio; así como que la aportación estatal a la realización de dicho Plan se librase a la Generalidad, a quien correspondería su distribución de conformidad con el Plan. Y el párrafo tercero del artículo 2 transfirió, asimismo, a la Generalidad las funciones que correspondían a las comisiones

provinciales de colaboración del Estado con las corporaciones locales de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona.

Invocando expresamente el indicado artículo 2 del Real decreto 2115/1978 y el artículo 6 del Real decreto ley 41/1977, el primer texto normativo de la Generalidad sobre el particular, el Decreto de 17 de abril de 1979, mantuvo el Plan único como absorbente de los planes provinciales.

Los reales decretos 1673/1981 y 2689/1981 sirvieron para adecuar a los presupuestos constitucionales el régimen jurídico de los PPCOS, constituyendo los antecedentes del sistema de la LRBRL.

El artículo 36.2.a) LRBRL denomina al Plan de que se trata provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, y contiene una regulación de su contenido y procedimiento.<sup>6</sup>

B) Naturaleza del PPCOS.

Conforme al artículo 36.2.a) LRBRL,<sup>7</sup> los PPCOS tienden a garantizar unos mínimos estándares en la prestación de servicios públicos municipales, y a corregir desequilibrios prestacionales, incidiendo especialmente en las áreas municipales más desfavorecidas.

La acción planificadora provincial cumple una función esencial en la coordinación y cooperación de los servicios municipales, pero también interviene en la articulación coordinada del poder público territorial en materia de cooperación [artículo 31.2.b) LRBRL].

Si bien, debe tenerse en cuenta que dicha planificación ha de abordar un doble problema. De un lado, el respeto a los límites que impone la autonomía local, lo que exige que el acto complejo en que se traduce el PPCOS se revele como la consecuencia del acuerdo y no de la imposición unilateral de criterios. De otro, la superación de la situación de desconfianza entre las comunidades autónomas y diputaciones, evidenciada tanto en la canalización de la cooperación autonómica a los municipios al margen de la actuación provincial, como en la frecuente tendencia de las comunidades autónomas a asumir competencias identificables con las que tradicionalmente se inscriben en el ámbito de la planificación provincial o próximas a estas.

6. Dicha regulación ha de completarse, por lo que a la normativa estatal se refiere, con lo establecido en los artículos 30 a 34 del TRRL y el RD 835/2003, de 27 de junio (derogatorio del anterior RD 1328/1997, de 20 de agosto) por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales.

7. El precepto dispone que para hacer efectiva la coordinación de los servicios municipales en orden a la prestación integral y adecuada de los mismos en todo el territorio provincial, así como la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios de menor capacidad económica y de gestión, las diputaciones aprobarán anualmente un Plan provincial en cuya elaboración deben participar los municipios de la provincia.

El PPCOS tiene un doble carácter en cuanto a su finalidad: es, al mismo tiempo, de cooperación y coordinación para la prestación de los servicios municipales obligatorios. Pero aun así la Diputación no adquiere la titularidad de las obras y servicios a los que afecta el Plan, que siguen siendo municipales. En este sentido es un mecanismo de cooperación interadministrativa, en cuanto contempla una actuación conjunta dentro de las respectivas competencias para la consecución de un fin determinado. De ello deriva una doble consecuencia: por una parte, cualquier inclusión en el PPCOS de obras y servicios que no sean municipales supondría una desviación de su contenido material; por otra, no parece admisible la inclusión en el Plan de determinada obra o servicio municipal frente a la negativa del Ayuntamiento a su realización. No cabe apelar a dicho instrumento para incorporar al Plan obras o servicios no consentidos por el respectivo Ayuntamiento. Otra cosa podría suponer una subrogación inexistente de la Diputación en las competencias municipales.

En el mismo sentido, una STS de 3 de abril de 1998 se manifiesta en los siguientes términos: “Los expresados términos literales del precepto [art. 36.2 LRBRLL] dotan de una cierta ambigüedad a la planificación provincial de que se trata, al presentarla simultáneamente como instrumento de coordinación [letra a) del apartado 1] y de cooperación [letra b) del apartado 1], con las consecuentes dificultades de interpretación y aplicación práctica. Sin embargo, desde el punto de vista de las diputaciones, resulta preferente su carácter de mecanismo de cooperación con las entidades municipales de la provincia, puesto que no solo es el propio precepto el que califica como de ‘cooperación’ a los planes, sino que también es esta la naturaleza que resulta de su regulación sistemática contenida en los artículos 32 y siguientes del TRRL. En resumen, puede decirse que los planes provinciales de cooperación son realmente ‘planes de cooperación’, sin perjuicio de que a través de esta cooperación logre la Diputación coordinar los esfuerzos de las entidades locales que intervienen.

“(…) Es cierto que, como se ha razonado, los planes provinciales de cooperación persiguen, junto a la preferente finalidad de ‘cooperación’, una cierta función de ‘coordinación’ en el aseguramiento y garantía de la adecuada prestación de los servicios municipales, especialmente de los mínimos establecidos en el artículo 26.1 LRBRLL, pero en ningún caso ello supone

que la Diputación asuma la titularidad de los servicios y obras que ostentan los municipios.

“(…) En definitiva, la naturaleza del Plan provincial de cooperación (...) no puede llevar a otra consecuencia que la de excluir de él cualquier obra que cuente con la negativa del correspondiente Ayuntamiento afectado y entender, incluso, que la propuesta de inclusión de la obra corresponde a la propia corporación municipal”.

La ya citada STC 109/1998, de 21 de mayo, resalta, sin embargo, que “el Plan único de Cataluña es sustancialmente un instrumento de la actividad coordinadora atribuida a la Comunidad Autónoma, con el que se persigue la más adecuada armonización de la actividad de las diversas Administraciones Públicas implicadas. Conveniente concertación que, en aras del principio constitucional de eficacia (art. 103.1 CE), se halla en el origen de los instrumentos coordinadores en general y del Plan único de obras y servicios de Cataluña en particular, de suerte que este no puede quedar vaciado de contenido”.

En realidad, las disposiciones que imponen a las diputaciones que canalicen a través del Plan único las cantidades destinadas a inversiones de obras y servicios municipales, implican de hecho la supresión de la figura de los planes provinciales en el territorio catalán [artículos 9.1.a) y 10.2.c) de la Ley 5/1987, y 2.1.c) de la Ley 23/1987].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 8 de marzo de 1999, rec. de cas. 644/1997, de 20 de julio de 1999, rec. de cas. 4947/1992 y 8064/1992, y de 27 de junio de 2003, rec. de cas. 10595/1998) ha interpretado y aplicado la doctrina contenida en la STC 109/1998, en los siguientes términos:

“(…) la referida sentencia constitucional zanja el debate sobre la competencia de la Generalidad de Cataluña para imponer a las diputaciones provinciales de su territorio la instrumentación exclusiva a través del Plan único de las inversiones que, con cargo a sus presupuestos, efectúen para la cooperación a las obras y servicios municipales [arts. 9.1 a) y 10.2 c) de la Ley 5/1987; y art. 2.1 c) de la Ley 23/1987], así como la canalización a su través de todos los demás recursos financieros que dichas corporaciones destinen, en concepto de cooperación económica, para la realización, la ampliación o la mejora de las obras y de los servicios de competencia municipal (art. 2.3 de la Ley 23/1987).

“(…) La conclusión final del debate es favorable globalmente para la Generalidad, a salvo la declaración

de inconstitucionalidad del artículo 2.3 antes citado. A dicha conclusión llega la sentencia del Tribunal Constitucional (...) con los siguientes argumentos, que sintéticamente transcribimos:

"1. con la cláusula inicial del artículo 36.2 a) de la Ley de bases de régimen local ('Sin perjuicio de las competencias reconocidas en los estatutos de autonomía y de las anteriormente asumidas y ratificadas por estos'), quiso el legislador básico salvaguardar las atribuciones autonómicas ahora cuestionadas, admitiendo una peculiaridad en la propia Ley de bases, peculiaridad que va más allá de las normales facultades que dicha Ley reconoce a las comunidades autónomas para asegurar en su territorio la coordinación de los diversos planes provinciales. La referida cláusula permite excepcionar en Cataluña la aplicación del régimen común básico regulador de las relaciones entre las comunidades autónomas y las provincias en punto a la cooperación económica con los municipios, que se instrumenta a través de la actividad planificadora.

"2. La remisión a las competencias preestatutarias, contenida en la cláusula sin perjuicio del art. 36.2 a) de la citada Ley de bases no viene, en último término, sino a respetar esta peculiaridad catalana, según la cual el Plan único tiene un carácter sustitutivo de los diversos planes provinciales. Es preciso, sin embargo, sean cuales fueren las concretas competencias que asumiese la Generalidad desde el 29 de septiembre de 1977 hasta la vigencia del Estatuto catalán (Disposición transitoria sexta, 6, EAC), reinterpretar aquellas –y, en su caso, adaptarlas o actualizarlas a la luz de los mandatos constitucionales y estatutarios.

"3. Las normas cuestionadas satisfacen la inexcusable participación de las diputaciones en la elaboración del Plan único, la adecuada correlación entre las aportaciones a dicho Plan y los municipios de su ámbito territorial en que aquellas repercuten y, en fin, la posibilidad de que las diputaciones catalanas desempeñen su competencia de cooperación económica a los municipios mediante cualquier otra fórmula (art. 89.2 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña), no necesariamente encauzada a través de las obligatorias aportaciones al Plan único.

"4. A partir de esta consideración, las disposiciones cuestionadas, en cuanto imponen a las diputaciones que canalicen a través del Plan único las cantidades destinadas a inversiones en obras y servicios municipales (lo

que implica de hecho el reconocimiento de la supresión de la figura de los planes provinciales en el territorio catalán) no son contrarias al orden constitucional. En concreto, queda admitida la adecuación a la Constitución tanto del artículo 9.1 a) de la Ley 5/1987, que de un modo expreso señala que las diputaciones instrumentarán exclusivamente vía Plan único dichas inversiones, como de los artículos 10.2 c) de la Ley 5/1987 y 2.1 c) de la Ley 23/1987, que, al mencionar tales aportaciones provinciales entre las fuentes de financiación del Plan único, traslucen el carácter obligatorio de este como vehículo canalizador de la totalidad de las inversiones que realicen las diputaciones en el tantas veces reiterado ámbito de cooperación económica.

"5. La competencia propia de cooperación económica a los municipios que ostentan las diputaciones no queda, sin embargo, agotada con la aprobación de un Plan anual de obras y servicios, tal como se infiere de lo establecido en el art. 36.2 b) LRRL, y es cabalmente esta circunstancia, es decir, la subsistencia de otras fórmulas y cauces para cumplir la función de cooperación económica a los entes municipales, no absorbidas por el Plan único de obras y servicios de Cataluña, la que suministra legitimidad constitucional a la delimitación del referido Plan único a cargo de la Generalidad.

"6. Desde la indicada perspectiva de carácter funcional o competencial, el artículo 2.3 de la Ley 23/1987, del Parlamento de Cataluña, no respeta la legislación estatal básica integrante del bloque de la constitucionalidad y debe ser declarado inconstitucional, al imponer la obligación de encauzar a través del Plan único, no solo el conjunto de las inversiones en obras y servicios municipales, sino toda suerte de manifestación de la cooperación económica con los municipios.

"7. Una vez depurada la Ley 23/1987 del artículo 2.3, el tenor literal del artículo 1.1 permite su interpretación conforme a la garantía institucional de la autonomía provincial, y entender, por consiguiente, que la cooperación económica a la que alude se circunscribe a la destinada a financiar inversiones en obras y servicios municipales. Así interpretada, cabe considerar que esta disposición no es contraria a la Constitución.

"(...) Quedan despejadas, pues, las dudas sobre la constitucionalidad del Plan único de obras y servicios de Cataluña, y de su carácter obligatorio como vehículo canalizador de la totalidad de las inversiones que realicen las diputaciones provinciales catalanas en aquel ámbito de cooperación económica (...)"

## C) Procedimiento de aprobación.

En el iter procedimental de aprobación participan las distintas Administraciones.<sup>8</sup> Si bien, la aprobación corresponde a la Diputación, determinando las preferencias con carácter discrecional y ponderando los intereses municipales contrapuestos dado el carácter limitado de los recursos; pero sobre la base de las iniciales solicitudes de obras y servicios y sin la imposición de estos frente a la negativa expresa del municipio afectado (STS de 3 de abril de 1998).<sup>9</sup>

En el mismo sentido, una STS de 14 de diciembre de 1998 (rec. de apel. 5388/92) señala que la interpretación del artículo 36 de la LRBRL, no autoriza a distinguir entre la coordinación que corresponde a la Diputación Provincial y la cooperación de esta con los municipios. Así se deduce del estudio del apartado a)

del artículo 36.2 de la Ley citada, teniendo en cuenta la remisión que se hace en dicho apartado y en el siguiente apartado b) al número anterior, es decir, al artículo 36.1 de la Ley. A la vista de dichos preceptos debe entenderse que el artículo 36.2 se refiere tanto a la coordinación como a la cooperación con los municipios. No pueden aceptarse en consecuencia los argumentos esgrimidos en el sentido de que, en ejercicio de las potestades de coordinación, puede actuar al aprobar el Plan sin tener en cuenta la voluntad de los municipios.

Según el citado artículo 36.2, apartado a), en la elaboración del Plan provincial han de colaborar los municipios afectados. Es cierto, por tanto, que la Diputación Provincial puede aprobar el Plan, pero resulta indispensable la colaboración de los ayuntamientos en cuanto órganos administradores de los municipios

---

8. La redacción corresponde a la Diputación con la participación de los ayuntamientos (artículo 36 LRBRL, 32.1 TRRL, y 8 y ss. RD 835/2003). Participación en la elaboración de las previsiones de ejecución de obras y servicios de su competencia, en la que ha de incluirse, al menos, la propuesta voluntaria de su inclusión por las siguientes razones adicionales: a) la base democrático-participativa del Plan, a cuya elaboración acuden los municipios suministrando datos, fijando prioridades de actuación o señalando deficiencias; b) el principio institucional organizativo de subsidiariedad que exige la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas (artículo 2.1 LRBRL y artículo 4.3 de la Carta europea de autonomía local); y c) la aportación económica que han de efectuar los municipios para la ejecución de las obras incluidas en el Plan que supone una incidencia en el ámbito presupuestario, que exige que la decisión no venga condicionada en términos impositivos por el acuerdo adoptado por otra Administración.

Luego, son trámites precisos la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia para la formulación de alegaciones y de reclamaciones durante un plazo de diez días, y la participación que la ley reconoce a la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma (artículo 32.2 y 4 TRRL).

9. La ejecución corresponde a la Diputación, sin perjuicio de la posibilidad de que la asuman los municipios afectados, siempre que así lo soliciten. Las obras y adquisiciones se efectuarán por los procedimientos señalados en la legislación sobre contratación de las entidades locales, pudiéndose agrupar los proyectos por servicios o zonas, a fin de obtener ventajas económicas y facilitar la concurrencia de licitadores de reconocida solvencia. Efectuada la recepción definitiva de las obras que se ejecuten por las diputaciones, se entregarán las mismas a la entidad local que corresponda, a cuyo cargo correrá su conservación y mantenimiento.

El RD 835/2003, de 27 de junio, reguló la cooperación económica a los PPCOS, que se divide en tres capítulos, uno general y otros especiales relativos a intervenciones comunitarias cofinanciadas por el Programa de cooperación local y proyectos singulares de desarrollo local y urbano.

El capítulo general toma como objetivo prioritario la financiación de las inversiones necesarias para la prestación de los servicios mínimos obligatorios que determina el artículo 26 LRBRL.

Se regulan de manera especial las condiciones para la obtención de las subvenciones estatales, la elaboración y aprobación de los PPCOS, el libramiento de aquellas y la liquidación de los PPCOS y aplicación de remanentes.

La LRBRL establece dos mecanismos legales de incidencia en la planificación provincial de la cooperación. Uno a través del otorgamiento de subvenciones condicionadas a dichos planes, según expresa el artículo 36.2.a), in fine, LRBRL. Y otro mediante la articulación de los mecanismos coordinadores, dado que la Comunidad Autónoma podrá asegurar en su territorio la coordinación de los diversos planes provinciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de la Ley básica (artículo 36).

En líneas generales, las comunidades autónomas adaptan la planificación provincial a los intereses superiores a través de la elaboración de directrices a cuyo cumplimiento someten la labor cooperante de las diputaciones provinciales. En este sentido las comunidades autónomas pueden canalizar sus deberes de cooperación a los municipios a través de aportaciones económicas al PPCOS, sometiendo su disposición al cumplimiento de las directrices de coordinación. Así, las subvenciones condicionadas de las comunidades autónomas constituyen un instrumento subsidiario y derivado de la propia directriz, dado que la mayoría de las comunidades autónomas optan por iniciar el camino desde la creación de planes sectoriales, de cuya observancia se hace depender el otorgamiento o suspensión de las subvenciones condicionadas.

Ello no obsta a la posible articulación de la técnica de cooperación de las comunidades autónomas con los municipios por otras vías. Al respecto, la mayoría de las comunidades autónomas optan por crear sus propios fondos de ayuda municipal, estableciendo programas y planes de cooperación económica con los municipios y comarcas de su territorio al margen de la actividad que en este sentido puedan realizar las diputaciones provinciales. Tales acciones ponen en evidencia la dificultad de comunicación que existe entre la Comunidad y las diputaciones.

cuya autonomía se encuentra reconocida constitucionalmente, como ya declaramos en nuestra sentencia de 3 de abril de 1998, cuya doctrina es de plena aplicación en el caso de autos. Sin que pueda ser motivo suficiente para que el Plan provincial sea conforme a Derecho que los municipios no hayan impugnado dicho Plan. Por más que esta alegación pueda corresponder a la realidad, lo cierto es que ello no indica en modo alguno que aquellos municipios hayan prestado la necesaria colaboración activa.

Reitera la doctrina expuesta la STS de 20 de enero de 2005 (rec. de cas. 6904/2001):

“La naturaleza del Plan provincial de cooperación antes expuesta no puede llevar a otra conclusión que la de excluir de él cualquier obra que cuente con la negativa del correspondiente Ayuntamiento afectado y entender, incluso, que la propuesta de inclusión de la obra corresponde a la propia corporación municipal. Otra cosa supondría una efectiva subrogación de la Diputación en las competencias municipales apoyándose en una técnica de cooperación que no es atributiva de título competencial.

“La consecuencia inmediata del principio de inalterabilidad de los títulos competenciales, que redundará en el proceso de elaboración de los planes de que se trata, es que las obras han de ser propuestas por el Ayuntamiento regidor del territorio en que vayan a realizarse, y que ningún otro organismo puede decidir qué obras de esa competencia municipal son las convenientes para ese concreto municipio; otra conclusión supondría la intromisión de otro organismo en facultades y competencias municipales, resultando ello inaceptable en un Estado compuesto como el español.

“Refuerzan la necesidad de esta inicial aceptación voluntaria de la obra o servicio por los municipios respectivos, además de los expuestos argumentos referidos a la autonomía municipal y a la titularidad de la competencia ejercida, otros como:

“a) La base democrático-participativa del Plan, a cuya elaboración acuden los municipios, suministrando datos, fijando prioridades de actuación o señalando las deficiencias.

“b) El principio institucional organizativo de subsidiariedad que exige la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas (art. 2.1 LRBRL y art. 4.3 de la Carta europea de autonomía local). Principio que enlaza de

modo claro con la exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente local sean expresados por quienes tienen legitimación para ello. Como recuerda la sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1998, la Constitución (arts. 137 y 140) garantiza la autonomía de los municipios para la gestión de sus respectivos intereses. Los municipios son entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades (art. 1 de la L.B.R.L.). El derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos forma parte de los principios democráticos comunes a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, derecho que en el nivel local puede ser ejercido más directamente, lo que permite una Administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano (preámbulo de la Carta Europea de Administración Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988, publicado en el BOE de 24 de febrero de 1989).

“c) La aportación económica que han de efectuar los municipios para la ejecución de las obras incluidas en el Plan supone una incidencia en el ámbito presupuestario, que exige que la decisión no venga condicionada en términos impositivos por el acuerdo adoptado por otra Administración; circunstancia esta que, precisamente, fue tenida en cuenta en la invocada sentencia de 23 de junio de 1989, al tratar de la delimitación de las respectivas actuaciones de la Diputación y Comunidad Autónoma en relación con un Plan único de obras y servicios” . ■

---

## Crónica de jurisprudencia (de 1 de junio a 31 de diciembre de 2010)

Antonio Descalzo González

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

### A) Jurisprudencia constitucional

#### **Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio. Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña**

##### **Antecedentes**

Recurso de inconstitucionalidad núm. 8045/2006, interpuesto por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde.

Votos particulares: Don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Ramón Rodríguez Arribas.

##### **Extracto de doctrina en materia de Régimen local**

###### **Facultad del Estado de dictar normas básicas sobre las competencias locales, FJ 37**

El elenco de competencias que el Estatuto de Cataluña dispone que tiene que corresponder a los Gobiernos locales en modo alguno sustituye ni desplaza, sino que, en su caso, se superpone, a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada por el artículo 149.1.18 CE. La falta de una expresa mención en el precepto estatutario a la competencia estatal ex artículo 149.1.18 CE ni vicia a dicho precepto de inconstitucionalidad, ni puede impedir de ninguna manera el ejercicio de esa competencia estatal.

###### **Regulación de la veguería, FJ 39 a 41**

El hecho de que el Estatuto de Autonomía no haga mención de la provincia, salvo en su artículo 91.4 EAC, no puede suponer, en absoluto, la desaparición de esa entidad local en Cataluña. La provincia es una entidad

asumida y asegurada en su existencia por la Constitución, que la define, al tiempo, como "entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios", y como "división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado" (artículo 141.1 CE).

Ninguna de las dos dimensiones definidoras de la veguería (como división del territorio a efectos intraautonómicos y como Gobierno local para la cooperación intermunicipal, que goza de autonomía para la gestión de sus intereses) perjudica en absoluto a la provincia como división territorial del Estado y como entidad local, ni a las funciones constitucionales que le son propias; esto es, la de circunscripción electoral (artículos 68.2 y 69.2 CE), división territorial del Estado para el cumplimiento de sus actividades, y la de entidad local con personalidad jurídica propia y dotada de autonomía (artículo 141.1 CE). En tal sentido, la previsión estatutaria de la existencia de veguerías, sean cuales sean sus límites geográficos, no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña, ni la de sus funciones constitucionales.

La veguería se constituye como una entidad local que, sin perjuicio de la provincia y de sus funciones constitucionalmente garantizadas, concurre con los municipios en la estructuración de la organización territorial básica de la Generalitat de Cataluña, también organizada en comarcas y otros entes supramunicipales de posible creación por la Comunidad Autónoma; esto es, como una entidad local propia de la Generalitat y distinta de la provincia, con la que convive en el respeto a su autonomía garantizada por la Constitución.

Ahora bien, y conforme al artículo 91.3 EAC, cabe interpretar que la veguería podría no ser una nueva entidad local, sino la nueva denominación de la provincia en Cataluña.

Tal posibilidad no es contraria a la Constitución, habida cuenta de que la veguería reúne en el Estatuto los caracteres típicos de la provincia y es esta, más allá de su denominación específica, la institución constitucionalmente garantizada. Nada se opone, por tanto, a que, a efectos estrictamente autonómicos, las provincias catalanas pasaran a denominarse veguerías. Como nada impide, tampoco, que, en ese supuesto,

los consejos de vejería sustituyeran a las diputaciones provinciales, pues el artículo 141.2 CE prescribe que el Gobierno y la Administración autónoma de las provincias han de encomendarse “a diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo”, como, a la vista del artículo 91.1 y 2 EAC, han de serlo los consejos de vejería. De sustituir los consejos de vejería a las diputaciones, corresponderá a la legislación del Estado determinar su composición y el modo de elección de sus miembros, correspondiendo también a la normativa básica estatal regular sus competencias en el orden local.

Ambas interpretaciones tienen, por tanto y en principio, cabida en el Estatuto de Autonomía catalán, de manera que será el legislador de desarrollo el llamado a concretar si la vejería es una nueva entidad local o una nueva denominación de la provincia. Sin embargo, cada una de estas dos interpretaciones posibles precisa, en su caso, de un determinado entendimiento del artículo 91 EAC.

#### **Competencia autonómica sobre régimen local, FJ 100**

El artículo 160.1 EAC, al reconocer a la Comunidad Autónoma las competencias examinadas en “exclusividad”, lo hace de manera impropia, y no impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del artículo 149.1.18 CE.

#### **Haciendas locales, FJ 140**

El segundo inciso del artículo 218.2 EAC, recoge la posibilidad de que la competencia autonómica en materia de financiación local incluya la capacidad para establecer y regular los tributos propios de las entidades locales. Según la demanda, este precepto atenta contra la autonomía municipal y contra el núcleo central de la suficiencia financiera de los municipios, considerando asimismo que la competencia legislativa plena de la Generalitat vulnera la reserva de ley del Estado. Ante todo hay que precisar que el inciso en cuestión no atribuye a la Comunidad Autónoma una competencia legislativa plena sobre la materia, ya que se limita a contemplar una posibilidad condicionada a que así lo disponga el legislador estatal. Tampoco puede acogerse la afirmación de la demanda de que tal atribución sería en sí misma contraria a la autonomía y la suficiencia financiera de las entidades locales, puesto que no hay razón alguna para entender que la hipotética atribución de potestad legislativa a la

Comunidad Autónoma sobre los tributos locales, en sí misma considerada, produzca la privación de recursos suficientes a los entes locales; antes al contrario, el propio Estatuto, en su artículo 217 EAC, que no ha sido impugnado, establece una norma opuesta a esa eventualidad, al imponer a la Generalitat la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los principios de autonomía y suficiencia de recursos de las Haciendas locales. Ahora bien, según resulta de los artículos 31.3 y 133.1 y 2 CE, la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal, “cuya intervención reclaman los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución”, potestad normativa que tiene su anclaje constitucional “en la competencia exclusiva sobre Hacienda general (artículo 149.1.14 CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las comunidades autónomas en este concreto ámbito normativo” (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22). Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado, que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales. Cuestión distinta, ajena, además, a la norma cuestionada, es que la Comunidad Autónoma pueda ceder sus tributos propios a las corporaciones locales de su territorio, como tiene reconocido nuestra doctrina (STC 233/1999, FJ 22). En conclusión, el segundo inciso del artículo 218.2 EAC (“Esta competencia puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los Gobiernos locales”) resulta inconstitucional.

El tercer inciso del artículo 218.2 EAC incluye, dentro de las competencias de la Generalitat en materia de financiación local, la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat. Los recurrentes entienden que el precepto atribuye a la Generalitat la posibilidad de distribuir tanto las participaciones de los entes locales en los tributos del Estado, como las subvenciones incondicionadas procedentes del mismo, infringiendo así la competencia del Estado en la materia, e instaurando una suerte de tutela financiera sobre los entes locales contraria a su suficiencia financiera. Es cierto que el precepto no se refiere a las participaciones en los “ingresos” de la Generalitat, sino a las que son a cargo del “presupuesto” de esta, y dado que, de conformidad con el artículo 219.2 EAC, los ingresos de los Gobiernos locales consistentes en participaciones en tributos y en subvenciones incondicionadas estatales se van a percibir por medio de la Generalitat, podría entenderse

que la norma examinada otorga a la Generalitat la facultad de fijar los criterios de distribución de todos los ingresos que los entes locales perciban a través de ese presupuesto, ya sean fruto de la participación en los ingresos o de subvenciones incondicionadas del Estado, ya lo sean, en su caso, de la participación en los ingresos o de subvenciones incondicionadas de la Generalitat. Ello no obstante, la consideración sistemática del precepto impugnado muestra que solo atribuye a la Generalitat tal competencia en relación con los recursos establecidos por la propia Comunidad Autónoma en su presupuesto, dado que esta facultad, al igual que las demás que se incluyen en el artículo 218.2 EAC, la ostenta “en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado”, según dispone su primer inciso. Ello conduce necesariamente a que la competencia autonómica queda circunscrita, exclusivamente, a la fijación de los criterios de distribución de las participaciones de los entes locales en los ingresos propios de la Generalitat, así como de las subvenciones incondicionadas que esta decida otorgar, respetando necesariamente las competencias del Estado para fijar los criterios homogéneos de distribución de los ingresos de los entes locales consistentes en participaciones en ingresos estatales [STC 331/1993, FJ 2.B)]. Este criterio se ve avalado, además, por lo dispuesto en el artículo 219.2 EAC, que ordena que la distribución de los ingresos locales consistentes en participaciones en tributos y subvenciones incondicionadas estatales se haga por la Generalitat “respetando los criterios establecidos por la legislación del Estado en la materia”, lo que permite descartar también el reproche de que por esta vía se establecería una suerte de indebida tutela financiera de la Generalitat sobre los entes locales.

El apartado 5 del artículo 218 EAC, que atribuye a la Generalitat la tutela financiera sobre los Gobiernos locales, con respeto de la autonomía reconocida en la Constitución, es objeto de impugnación porque, a juicio de los recurrentes, dicha tutela no solo viene a sustituir la tutela financiera del Estado por la de la Comunidad Autónoma, sino que resulta contraria a la autonomía municipal, al omitir que debe sujetarse a la ley estatal. Este apartado tiene un contenido similar al de otros preceptos incluidos en algunos de los primeros estatutos de autonomía (como el artículo 48.1 EAC de 1979), y no incurre en inconstitucionalidad, puesto que hemos calificado de innegable “que Cataluña ha asumido la competencia de tutela financiera sobre los entes locales, con el límite de la autonomía local y el

respeto a las bases que dice el art. 149.1.18” [SSTC 57/1983, de 28 de junio, FJ 5, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4 c), entre otras muchas]. En otro plano, la omisión de la referencia a la ley estatal en el artículo 218.5 EAC no puede entenderse como un desconocimiento de las competencias del Estado del artículo 149.1.18 CE, dada la previsión del apartado 2 del propio artículo, que, según se ha señalado, atribuye a la Generalitat competencia en materia de financiación local “en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado”, previsión a la que queda también sometida, como es obvio, la tutela financiera sobre los Gobiernos locales a que se refiere este apartado 5.

En consecuencia, ha de declararse inconstitucional y nulo el inciso: “puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los Gobiernos locales” del artículo 218.2 EAC, debiendo desestimarse la impugnación relativa al resto del artículo 218.2 EAC y del artículo 218.5 EAC.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 88/2010, de 15 de noviembre. Restricción del régimen de libertad de horarios comerciales establecido por la normativa básica estatal**

#### **Antecedentes**

Recurso de inconstitucionalidad núm. 3491/2002, promovido por el presidente del Gobierno en relación con el artículo 15.6 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 27 de febrero, del comercio de Cantabria. Restricción del régimen de libertad de horarios comerciales establecido por la normativa básica estatal.

Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez.

#### **Extracto de doctrina**

El apartado 1 del artículo 5 de la Ley estatal 1/2004, en cuanto establece la libertad de horarios para los establecimientos situados en zonas de gran afluencia turística, ha de considerarse una norma básica legítimamente dictada al amparo del artículo 149.1.13 CE.

El actual artículo 15.5 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, ha incurrido en contradicción con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley estatal 1/2004, pues resulta claro que el primero restringe

la libertad de horarios, en zonas de gran afluencia turística, a los establecimientos comerciales minoristas cuya superficie útil de venta y exposición supere dos mil quinientos metros cuadrados, limitación no contenida en la legislación básica estatal en materia de horarios comerciales. Dicha previsión implica establecer restricciones al régimen de libertad de horarios, no previstas por la normativa básica estatal, la cual no hace distinciones en función de la mayor o menor superficie del establecimiento comercial. Lo anterior supone, por tanto, un exceso del legislador autonómico en el ejercicio de su competencia estatutaria en materia de comercio interior, lo que ha de conllevar, en este punto, la declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal recurrida, por contravenir el orden constitucional de distribución de competencias.

En consecuencia, se declara inconstitucional y nulo el inciso: “con una superficie útil de venta y exposición no superior a dos mil quinientos metros cuadrados” del artículo 15.5 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria, en la redacción dada al mismo por el artículo 1.2 de la Ley del Parlamento de Cantabria 7/2004, de 27 de diciembre, de medidas administrativas y fiscales.

## **Auto del Tribunal Constitucional 108/2010, de 28 de septiembre. Legitimación de conflicto en defensa de la autonomía local**

### **Antecedentes**

Recurso de inconstitucionalidad núm. 5027/2010, promovido por los ayuntamientos de Aguaviva, Fayón, Fórnoles, Fraga, La Codoñera, La Ginebrosa, La Fresneda, Lascurarre, Nonaspe, Torre del Compte y Valderrobres contra varios preceptos de la Ley 10/2009, de 22 de diciembre, de uso, protección y promoción de las lenguas propias de Aragón. Inadmisión a trámite del presente conflicto en defensa de la autonomía local.

Ponente: desconocido.

### **Extracto de doctrina**

El artículo 75 quinquies LOTC dispone que, “planteado el conflicto, el Tribunal podrá acordar, mediante Auto motivado, la inadmisión por falta de legitimación u otros requisitos exigibles y no subsanables o cuando estuviere notoriamente infundada la controversia suscitada”.

En el examen de la concurrencia de dichos requisitos debemos tener presente que el objeto de la Ley 10/2009, conforme a sus artículos 1 y 2, es reconocer la pluralidad lingüística de Aragón y garantizar el uso de las lenguas y modalidades lingüísticas propias, calificando como tales al aragonés y al catalán, propiciando su conservación, recuperación, promoción, enseñanza y difusión de las mismas. A tal efecto la norma legal contiene una variada serie de previsiones de muy distinto alcance para lograr las finalidades que acabamos de mencionar, pero sin que determine expresamente cuál sea el ámbito de aplicación de las distintas previsiones que establece. Así, determina una zonificación del territorio de la Comunidad Autónoma, estableciendo, a los efectos que ahora interesan, unas denominadas zonas de “uso” o “utilización histórica predominante” del aragonés, del catalán, y una zona mixta de utilización del aragonés y el catalán [artículo 7.1 a), b) y c) en relación con el artículo 8.2], zonas en las que serán de aplicación una serie de previsiones y mandatos dirigidos a la protección de esas dos lenguas, si bien la concreción del ámbito territorial de esas zonas creadas por la Ley 10/2009, y, por tanto, de los municipios incluidos en cada una de ellas, queda deferida, en los términos del artículo 9 en relación con el 2.4, a la declaración del Gobierno de Aragón, previo informe del Consejo Superior de Lenguas de Aragón. De esta forma el legislador autonómico ha optado por no establecer directamente el ámbito territorial que abarcarían las distintas zonas de utilización de las lenguas protegidas, ni tampoco, por consiguiente, los municipios que se integran en cada una de las tres previstas, o, lo que viene a ser lo mismo, no ha determinado expresamente cuál es el ámbito territorial sobre el que habrán de aplicarse muchos de sus mandatos que son de aplicación en esas tres zonas, pues la concreción de las mismas ha quedado deferida a la posterior decisión del Gobierno autonómico.

Este hecho, que ya de por sí obstaculiza el adecuado examen de la concurrencia de los requisitos de legitimación exigidos para promover un proceso de este tipo, es expresamente señalado por los promotores del conflicto, los cuales pretenden salvar tal dificultad argumentando que el ámbito de aplicación de las normas que se cuestiona se refiere, exclusivamente, a la zona prevista en el artículo 7.1 b) de la Ley 10/2009, definida como “una zona de utilización histórica predominante del catalán, junto al castellano, en la zona este de la Comunidad Autónoma”. Así, en directa relación con lo

argumentado sobre el fondo, entienden que el ámbito territorial en el que han de aplicarse los preceptos legales que controvierten se restringe a dicha franja oriental del territorio aragonés, área ubicada en la zona este de la Comunidad Autónoma, en la que la Ley 10/2009 establece determinadas previsiones relativas al fomento y protección de la lengua catalana. A tal efecto se aportan hasta tres criterios distintos para justificar el cumplimiento del requisito de legitimación exigido por la LOTC, criterios todos ellos relativos exclusivamente a los municipios de dicha franja oriental, municipios que devienen así en la base de cálculo aportada por los promotores del conflicto a la hora de justificar la concurrencia de la doble legitimación exigible para plantear el proceso, tanto en lo que respecta al número de municipios afectados como en cuanto a la población afectada.

Sin embargo, un razonamiento como el expuesto no toma en consideración que el ámbito territorial sobre el que incide la Ley 10/2009 no es exclusivamente, como se sostiene en el escrito de interposición, la franja oriental del territorio de la Comunidad Autónoma. Es cierto que en dicha área la consideración como zona de utilización histórica predominante del catalán supone la aplicación de una serie de preceptos de la norma legal, algunos de ellos cuestionados en el proceso que ahora se insta, pero dichos preceptos, como resulta de su contenido, no son de aplicación exclusiva a los municipios de dicha zona, sino que también extienden su vigencia, según los casos, bien a la totalidad del territorio autonómico, o bien a todos los municipios que, por incluirse en una de las tres zonas, resulten directamente afectados por las normas sobre protección de lenguas que se introducen en el ordenamiento autonómico. En este último caso se encontrarían también, junto a los municipios de la calificada como zona de utilización histórica predominante del catalán, los incluidos en la denominada zona de utilización histórica predominante del aragonés en la zona norte de la Comunidad Autónoma [artículo 7.1 a)] y en la zona mixta de utilización de ambas en la zona nororiental de la Comunidad [artículo 7.1 c)]. De ello resulta que los concretos reproches de vulneración del principio constitucional de autonomía local dirigidos a los preceptos cuestionados, por lo que se entiende ilegítima incorporación de elementos propios de la declaración de cooficialidad del catalán bajo un mandato de protección, conservación y fomento de dicha lengua, son también predicables en sus mismos términos respecto de los municipios ubicados en las zonas norte y nororiental de la Comunidad Autónoma, donde la

lengua a proteger, conservar y fomentar es el aragonés o ambas, respectivamente. Es evidente que los mandatos que con tales finalidades incluye la Ley 10/2009 se dirigen a todos los municipios que vayan a resultar encuadrados en alguna de las tres zonas previstas en el artículo 7 en atención a los objetivos perseguidos por la norma legal en relación, conforme a su artículo 1.2, a la conservación, recuperación, promoción, enseñanza y difusión de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón, esto es, el aragonés y el catalán, que son las lenguas calificadas legalmente como propias, originales e históricas de la Comunidad Autónoma, según dispone su artículo 2.2. A tales efectos, la Ley 10/2009 no establece diferenciación alguna entre las tres zonas de uso histórico predominante que crea, es decir, no singulariza en ningún momento sus previsiones refiriéndolas en exclusiva a alguna de las tres concretas zonas ni, por tanto y en lo que ahora interesa, a la denominada zona de utilización histórica predominante del catalán del artículo 7.1 b), de la que los municipios promotores del presente conflicto afirman formar parte.

Todo ello nos lleva a concluir que los municipios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 10/2009 no van a ser solamente, tal y como se defiende en el escrito de interposición, los afectados por las medidas de fomento y protección de la lengua catalana ubicados en la zona este de la Comunidad Autónoma, sino que, en algunos casos, serán, como ya hemos apuntado, todos los municipios de la Comunidad Autónoma, mientras que, en los restantes, de su propia dicción literal se deduce sin dificultad que se van a proyectar sus efectos sobre la totalidad de los municipios incluidos en las denominadas zonas de uso histórico predominante de alguna de las lenguas protegidas, y no solamente a los de la zona oriental de Aragón en la que lengua protegida por las disposiciones de la Ley 10/2009 es el catalán.

La primera de las circunstancias expuestas, un ámbito de aplicación referido al conjunto de la Comunidad Autónoma, concurre en los artículos 6.1, relativo a la prohibición de discriminación por el hecho de emplear cualquiera de las lenguas propias de Aragón; 11, letras b), f) y g), que relacionan funciones del Consejo Superior de las Lenguas de Aragón; 16.1, relativo a la utilización de la norma lingüística de las lenguas propias de Aragón; 17.4 y 33.2, que atribuyen al Departamento del Gobierno de Aragón competente en política lingüística garantizar la protección del patrimonio lingüístico aragonés y determinar los topónimos

de la Comunidad Autónoma, así como los nombres oficiales de los territorios, los núcleos de población y las vías interurbanas, respectivamente.

En cuanto al resto de preceptos impugnados, todos ellos señalan claramente que su ámbito de aplicación se circunscribe a las tres zonas de utilización histórica predominante de las lenguas propias de Aragón, de acuerdo con el ya mencionado artículo 2.2 de la propia Ley 10/2009. Tal es lo que sucede con los artículos 2.3, 2.4, 3, 4.1 b) y c), 7 b), 8, 9, 22, 27.1, 31 y 33.1, respecto a los cuales basta constatar que de su propio tenor literal se desprende que su ámbito de aplicación queda determinado por las tres zonas de utilización que la Ley 10/2009 contempla en su artículo 7.1 en relación con los artículos 8.2 y 9, pero sin que ninguno de ellos introduzca una regulación diferenciada para los municipios que pudieran eventualmente considerarse enclavados en la denominada zona de utilización histórica predominante del catalán del artículo 7.1 b).

Por todo ello, pese a la ya aludida indeterminación de la Ley 10/2009 respecto a su ámbito de aplicación, es posible concluir que, aun cuando pudiera apreciarse que los ocho municipios promotores del conflicto se encuentran incluidos en la zona de utilización del catalán, lo anteriormente expuesto determina que en ningún caso puedan cumplir el mínimo requerido por el artículo 75 ter.1 b) LOTC, para la promoción de este proceso; esto es, que alcancen “un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de Ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente”. Ha de concluirse así que el conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto incurre en un defecto de procedibilidad insubsanable; lo que por otra parte no cierra el paso para que, si en el desarrollo de la Ley pudiera eventualmente vulnerarse la autonomía local de los municipios afectados, puedan estos acudir a la tutela judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que, a su vez, si tal hipotética vulneración pudiese, en su caso, ser imputable a la Ley, permitiría al órgano jurisdiccional que conociese del recurso contencioso-administrativo plantear ante este Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, de modo que la inadmisión de este conflicto no deja cerrada definitivamente la posibilidad de control constitucional de la Ley objeto del actual conflicto.

## B) Tribunal Supremo

### **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 21 de julio de 2010. RJ\2010\6518. Plazo de la Comunidad Autónoma para impugnar actos y acuerdos municipales**

#### **Antecedentes**

Recurso de casación núm. 1428/2006.

Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas.

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el acuerdo del Ayuntamiento de Teguique que fue declarado inadmisibles por extemporáneo por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ordenando la retroacción de las actuaciones al objeto de que se dicte nueva sentencia.

#### **Extracto de doctrina**

Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado que a efectos del inicio del plazo para que la Administración autonómica pueda requerir de anulación al Ayuntamiento o impugnar directamente el acuerdo municipal en vía jurisdiccional, lo determinante es la fecha de recepción de la comunicación exigida en la legislación de régimen local, no así la fecha de recepción de la comunicación prevista, a otros efectos, en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma correspondiente. Así, frente a lo que pueda derivarse de algún pronunciamiento aislado como el que se invoca en la sentencia recurrida, la jurisprudencia de esta Sala –de la que son exponente, entre otras, las sentencias de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3862) (casación 1732/1998), 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2063) (casación 3826/05), 14 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2217) (casación 3851/2005) y 17 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2879) (casación 3541/2005)– viene reiteradamente señalando que la comunicación que inicia el plazo de dos meses es la efectuada en cumplimiento de la legislación de régimen local, y no la comunicación realizada a otro órgano de la misma Administración en cumplimiento de obligaciones previstas en normas sectoriales de distinta naturaleza, como es el caso de las normas urbanísticas.

De lo anterior resulta que la sentencia de instancia, en cuanto declara la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo, debe ser casada y anulada.

Procedería entonces que entrásemos a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta jurisdicción). Sucede, sin embargo, que las cuestiones suscitadas y argumentos de impugnación aducidos en el proceso de instancia consisten en señalar que el instrumento de planeamiento controvertido (modificación puntual del Plan especial de ordenación de la Maleza de Tahiche, Cortijo de Mayo y Llanos del Charco, de Costa Teguisse, consistente en el cambio de uso de la parcela 202, de turístico a residencial) vulnera disposiciones de derecho autonómico.

En efecto, los argumentos de impugnación que la Administración autonómica recurrente adujo en su demanda se refieren sustancialmente a la falta de adaptación del planeamiento impugnado al Plan insular de ordenación de Lanzarote, alegando el incumplimiento de diversos preceptos del Decreto autonómico 95/2000, de revisión del Plan insular de ordenación de Lanzarote (artículos 4.1.3.6, 6.1.2.1); el incumplimiento de las Normas subsidiarias de planeamiento, así como el incumplimiento del artículo 11 del Decreto legislativo 1/2000, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias.

En cuanto a la invocación que se hace del artículo 148 del Reglamento de planeamiento urbanístico, en relación con las competencias para la aprobación definitiva de planes especiales que no desarrollan planeamiento general, tiene esta un carácter secundario o accesorio respecto de las alegadas infracciones de la normativa autonómica, que constituyen el eje central de los motivos de impugnación.

Pues bien, siendo de esa índole las cuestiones y argumentos de impugnación en los que se centra el debate planteado, no abordaremos su examen, de conformidad con la doctrina establecida en sentencia del Pleno de esta Sala de 30 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 1334) (casación 7638/02), siendo procedente que ordenemos retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, para que por la Sala de instancia se resuelva lo que proceda, en el bien entendido de que no podrá declarar ya la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por extemporáneo, al haber quedado ya resuelta esa cuestión.

## **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 2010. RJ\2010\3577. Marco general en que se mueven las ordenanzas municipales de ordenación de las telecomunicaciones**

### **Antecedentes**

Recurso de casación núm. 4801/2006.

Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó sentencia el día 10 de julio de 2006, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica Móviles España S.A. contra la Ordenanza municipal para la ordenación de las telecomunicaciones en el término municipal de Toledo; y, en su virtud, declaró la nulidad del artículo 5 de aquella Ordenanza y la legítima vigencia del resto de aquel articulado.

### **Extracto de doctrina**

En la presente sentencia el Tribunal Supremo reitera la doctrina sostenida en las sentencias de 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 326) y de 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 5988), sobre el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los municipios cuando afecta a la regulación de las telecomunicaciones:

1.º) 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 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 relativos a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios [artículos 4.1 a) LRRL y 5 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 proyección de la salubridad pública [artículo 25.2 f)].

2.º) 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.

### **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 22 de julio de 2010. RJ\2010\6532. Efectos de la anulación del PIOT (Plan insular de ordenación) sobre las Normas subsidiarias municipales**

#### **Antecedentes**

Recurso de casación núm. 4324/2009.

Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde.

Aunque el recurso contra la Orden del consejero de Política Territorial del Gobierno de Canarias, en que se otorgó la aprobación definitiva al proyecto de modificación puntual de las Normas subsidiarias de planeamiento de Mogán, fue estimado en primera instancia, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, casa y anula la sentencia impugnada y desestima el recurso contencioso objeto del procedimiento.

#### **Extracto de doctrina**

Debemos comenzar señalando que no nos encontramos en presencia de la habitual relación existente entre el planeamiento general urbano y el de desarrollo del mismo. En otro recurso –6569/2005, que

hemos resuelto de forma simultánea a este–, será objeto de análisis y examen dicha relación (en concreto, la existente entre las Normas subsidiarias que ahora enjuiciamos y el Plan parcial de desarrollo de las mismas).

Lo que ahora ha de resolverse –porque no fue resuelto por la segunda sentencia de instancia– es la procedencia de anulación de las Normas subsidiarias por razón de la anulación del Plan insular de ordenación, pero a la vista del contenido de este, y tomando en consideración el mismo de forma, digamos, exterior y aisladamente considerado. Por ello nos vemos obligados a consignar, siquiera brevemente, las principales notas que caracterizan la relación entre los citados planes insulares de ordenación y el planeamiento urbanístico.

Los planes insulares fueron introducidos en la legislación canaria por la Ley 1/1987, de 13 de marzo, y aparecen configurados como de superior rango jerárquico al planeamiento municipal, tal y como se señala en el artículo 2 de dicha Ley, que, tras indicar en su epígrafe 1 su contenido en el sentido de que “establecen las determinaciones de ordenación y las directrices de compatibilidad y de coordinación sectorial sobre el marco físico, adecuadas para definir el modelo territorial a que deben responder los planes y normas inferiores de su ámbito”, señala en su epígrafe 4 que tales planes “se articulan entre los de carácter directivo regulados por el ordenamiento urbanístico vigente y en todo caso superiores jerárquicamente al planeamiento municipal”.

Este carácter vinculante para el planeamiento urbanístico se mantuvo en la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de ordenación del territorio de Canarias, cuyo artículo 17 señalaba que “Los planes insulares son instrumentos de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística de la isla y definen el modelo de organización y utilización del territorio para garantizar su desarrollo sostenible. Tienen carácter vinculante en los términos establecidos en esta Ley para los instrumentos de ordenación de espacios naturales y territorial de ámbito inferior al insular y para los planes de ordenación urbanística”.

Y, finalmente, este mismo carácter se ha mantenido en el Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes de ordenación del territorio y de espacios naturales protegidos de Canarias, cuyo artículo 12 reproduce la redacción del artículo 17 de la Ley 9/1999.

Pues bien, en relación con el PIOT que nos ocupa, debemos recordar que el mismo fue aprobado por Decreto 7/1995, de 27 de enero, de la Consejería de Política Territorial del Gobierno de Canarias. Este PIOT delimitaba las denominadas áreas insulares protegidas (AIP) de la Isla de Gran Canaria; entre otras, la del Valle de Tauro. Debemos añadir que el citado PIOT fue objeto de modificación puntual, aprobada por Orden departamental 1571/1999, de 22 de junio; modificación puntual que, justamente, afectaba al ámbito de los Barrancos de Tauro y El Lechugal. En concreto, la modificación consistió en ajustar los límites del AIP del Valle de Tauro, en el Lomo de Amadores y en las laderas orientadas al sur del Lomo del Platero, y, en concordancia, los límites de la Zona Turística Litoral.

Sin embargo, en vía jurisdiccional, tanto el PIOT (de 1995) como su modificación puntual (de 1999) fueron declarados nulos por sentencias de la Sala de instancia de 8 de enero de 1998 –confirmada por la STS de 13 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3473)– y de 19 de marzo de 2003, respectivamente. Las anulaciones se debieron a motivos formales en la tramitación del PIOT, sin que, por tanto, ni las sentencias de instancia ni la de este Tribunal Supremo, en casación, se pronunciaran sobre la legalidad de aspecto alguno del PIOT y su modificación.

En consecuencia, partiendo de ello, tanto el PIOT como su modificación, devinieron nulos e inexistentes; y este ha sido el argumento utilizado –en dos ocasiones– por la Sala de instancia. Hasta aquí ha llegado, pero sin reparar, como decíamos, en lo que –para las Normas subsidiarias, objeto de las pretensiones de este recurso– realmente supone la desaparición jurídica del PIOT, y, más en concreto, lo que supone la desaparición de la AIP y de su concreta delimitación. En tal sentido, debemos señalar que tal nulidad, en relación con las Normas subsidiarias, supone e implica la desaparición del límite físico al que, en principio, los Normas se ajustaban. Tal es así que la modificación puntual de las Normas subsidiarias –objeto de las pretensiones del recurso contencioso-administrativo que nos ocupa– estuvo suspendida hasta que se aprobó la modificación puntual del PIOT, que ajustaba sus límites; esto es, para poder ajustarse con exactitud a sus concretos límites, la tramitación de las Normas fue suspendida (recuérdese que la modificación del PIOT se aprueba el 22 de junio de 1999 y las Normas el 5 de julio siguiente). Por tanto, con la desaparición

del PIOT, de la AIP y –por tanto– de los concretados límites de esta, desaparecen los límites de o para las Normas. Pero nada más. Esto es, la desaparición de las normas, instrumentos y determinaciones de referencia (PIOT, API y límites territoriales) no tiene por qué implicar –al menos con el automatismo que señala la Sala de instancia– la nulidad de las Normas subsidiarias.

Como antes decíamos, no nos encontramos en el marco de las relaciones entre el planeamiento urbano general y el de desarrollo del mismo, sino en el marco, distinto, de la vinculación existente entre el planeamiento territorial y el planeamiento urbano. Es cierto que el primero –como hemos expuesto– es superior jerárquico al planeamiento municipal, incluso la ley proclama su carácter vinculante. Pero, obviamente, solo y exclusivamente, si este existe, ya que la diferencia esencial estriba en que, así como puede existir planeamiento municipal sin la existencia del planeamiento territorial, lo que no resulta posible es la existencia de planeamiento municipal de desarrollo (Plan parcial) sin el anterior planeamiento municipal general (Plan general de ordenación urbana o Normas subsidiarias).

Pero es que, incluso, a mayor abundamiento, en modo alguno ha resultado acreditado que las Normas subsidiarias no se ajustaran a la delimitación previamente establecida, por la modificación del PIOT, en el AIP en el que físicamente se ubicaban.

Esto es, anulado por sentencia firme el Plan insular de ordenación de la Isla de Gran Canaria, desaparecían con ello las áreas insulares de protección en él previstas, de forma tal que el planeamiento urbanístico de Mogán no quedaba vinculado a dicho PIOT, por lo que la modificación de sus Normas subsidiarias debía ajustarse o acomodarse al cumplimiento de las disposiciones normativas aplicables a las alteraciones del planeamiento, a las diversas normas sectoriales y medioambientales, y, singularmente, a los límites en el ejercicio del *ius variandi*, pero no a las determinaciones de un planeamiento de superior rango jerárquico inexistente.

Debemos, pues, rechazar, por estos motivos, la nulidad de la Orden del consejero de Política Territorial del Gobierno de Canarias de 5 de julio de 1999 (núm. 1761) por la que se aprueba definitivamente la modificación puntual de las Normas subsidiarias de Mogán (Gran Canaria) en el Valle del Tauro (Barrancos del Tauro y El Lechugal).

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 14 de septiembre de 2010. JUR\2010\341736. Competencia municipal para establecer medidas adicionales de protección a las establecidas por el Real decreto 1066/2001, sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas**

**Antecedentes**

Recurso de casación núm. 5475/2005.

Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo conoce en recurso de casación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en cuyo fallo se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Ordenanza municipal reguladora de la instalación, modificación y funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación que utilicen espacio radioeléctrico, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Utiel de 29 de enero de 2003.

**Extracto de doctrina**

En particular, son tres las cuestiones que plantea el recurso de casación, relacionadas todas ellas con el alcance y límites de las competencias municipales sobre la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación, y todas ellas pueden y deben ser resueltas conforme a la doctrina ya fijada por esta Sala con respecto a alegaciones semejantes.

Comenzando por el segundo motivo, plantea la cuestión de la posible fijación por los municipios de límites más restrictivos que los incorporados a la reglamentación estatal. En concreto, nos remitiremos, atendiendo a criterios de coherencia y de unidad de doctrina, a lo declarado en la sentencia de 17 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1764), rec. 5583/2007:

“El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real decreto 1066/2001, de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio

público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

“Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

“El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles –colegios, hospitales, parques y jardines públicos– estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en las que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

“De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles, adecuándose como afirma la Administración demandada a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que corresponde a la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala”.

Razones que, por coherencia y unidad de doctrina, nos llevan a la desestimación del segundo motivo de casación.

En cuanto al motivo tercero, se centra en la pretensión de anulación de la sentencia de instancia en lo relacionado, en especial, con los artículos 4.6 y 12.1.1 de la Ordenanza de Utiel. Hay que recordar que el primero de ellos obliga a ubicar las estaciones base o cualquier otra instalación de telefonía móvil en suelo no urbanizable, mientras que el segundo establece que las instalaciones de telefonía móvil se ubiquen preferentemente en suelo no urbanizable de propiedad municipal con una distancia de al menos 1.000 metros lineales del suelo clasificado como urbano o como urbanizable.

Son dos las razones en que la parte recurrente basa la impugnación. En primer lugar, considera que una disposición del tenor de la resumida no puede ser incluida, dada su vinculación a la ordenación urbanística, en una Ordenanza del tipo de la impugnada en el recurso contencioso-administrativo originario, sino en un instrumento de ordenación del territorio. Argumento que debe ser rechazado atendidas las razones expuestas en el fundamento de derecho tercero, en que hemos relatado que las competencias de los municipios sobre la instalación de elementos destinados a las telecomunicaciones se justifica, entre otras, en las competencias de tales entidades locales sobre la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2 d de la Ley reguladora de las bases del régimen local). Competencia que no es disociable en el momento de su ejercicio del resto de las que amparan la intervención municipal en la materia, y es lógico y coherente sean materializadas a través de un mismo instrumento normativo.

Por otra parte, existe una ya extendida práctica jurisprudencial en torno a la legitimidad de la contemplación de zonas sensibles en que los municipios prohíban o al menos condicionen la implantación de instalaciones de telecomunicación, atendiendo a razones de seguridad, salubridad o protección del medio ambiente. Este aspecto se ha vinculado por la Sala al mismo que ha determinado la contestación al motivo segundo, en el sentido de permitirse a los municipios establecer medidas que supongan mayor restricción que las contempladas en el nivel normativo estatal.

Pero, si bien es cierto que esta Sala, como acabamos de exponer, ha reconocido la legitimidad del señalamiento por los municipios, en el ámbito de sus competencias, de límites o condiciones complementarios a las medidas de protección establecidas en el Real decreto 1066/2001, también lo es que, en diversas sentencias [baste con citar la de 10 de enero de 2007 (RJ 2007, 1213), rec. 4051/2004], hemos resaltado el casuismo con que debe observarse el ejercicio de las competencias municipales que afecten al campo de las telecomunicaciones.

En particular, hemos declarado en numerosas ocasiones, entre ellas la sentencia de 10 de enero de 2007, rec. 4051/2004, con cita de las de 24 de enero de 2000 y 18 de julio de 2001, que los ayuntamientos tienen una competencia plena para la regulación (y también competencias ejecutivas) de los temas urbanísticos en los términos en que así se lo reconozca

la legislación, y para la protección de la salud y el medio ambiente. En línea similar, hemos manifestado en la sentencia de 17 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1764), rec. 5583/2007, la posibilidad de que los municipios establezcan en sus ordenanzas relacionadas con la utilización del dominio público radioeléctrico, medidas que tengan por finalidad salvaguardar el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y las repercusiones medioambientales de las instalaciones. Al disponer el Ayuntamiento de Utiel la preferencia de la ubicación de instalaciones en suelo no urbanizable, está ejerciendo sin ninguna duda dicha competencia urbanística, aderezada por la preocupación por el medio ambiente y la salud de sus ciudadanos, aspectos ambos que, como hemos dicho, también caen en el ámbito de sus atribuciones.

De esta forma, tratándose de una materia integrable a priori en sus competencias propias, lo que hay que ver es si su ejercicio ha sido proporcionado [SSTS de 16 de julio de 2008 (RJ 2008, 6810), rec. 7790/2004, y de 17 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1764), rec. 5583/2007] o si –como hemos apreciado en la sentencia de 18 de junio de 2001 (RJ 2001, 8744), rec. 8603/1994, y repetido recientemente en la de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007– determina una restricción absoluta del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones.

En este punto, encontramos una diferencia con el supuesto que se nos presentó en el recurso de casación 4450/2007. Y es que, en aquel caso, tuvimos en cuenta a la hora de discernir si se producía una restricción absoluta a la instalación de elementos de telecomunicación en el término municipal, que, si bien se establecía una preferencia para su ubicación en suelo no urbanizable, se permitía a título de salvaguardia del derecho de los operadores la posibilidad de permitir su implantación en suelo urbanizable cuando se demostrara la imposibilidad de su emplazamiento en suelo no urbanizable y la existencia de zonas de sombra en las cuales no se dé servicio. Por ello considerábamos que la restricción al emplazamiento de las instalaciones de telecomunicación no era absoluta, pues, aparte de ser permitida en suelo que tuviera distinta clasificación, era posible también en suelo que no tuviera la condición de no urbanizable, cuando ello fuera necesario para la prestación universal del servicio de telecomunicaciones.

A diferencia de aquel caso, en el que el actual recurso nos plantea nos encontramos con que, lejos de

permitirse a título de cautela la instalación de elementos de telecomunicación en lugares en que en principio esté prohibida con la finalidad de hacer posible la cobertura del servicio en el término municipal, la interdicción es por el contrario absoluta a tenor del artículo 4.6 de la Ordenanza de referencia, al preceptuar en términos imperativos que “Las estaciones base o cualquier instalación de telefonía móvil, deberán ubicarse obligatoriamente en suelo no urbanizable”. Añadiéndose a ello una restricción adicional en el artículo 12.1.1, en sede de “Condiciones de instalación”, señalando que “Preferentemente las instalaciones de telefonía móvil deberán ubicarse en suelo no urbanizable de propiedad municipal con una distancia de, al menos, 1000 metros lineales de suelo calificado como urbano o urbanizable”. Restricción que, si se lee bien, no solo se refiere a la distancia a respetar al suelo no urbanizable, sino incluso a la necesidad de realizar la instalación en terrenos públicos de propiedad municipal, olvidando el derecho de las operadoras a suscitar la ubicación de la instalación en terrenos privados a tenor del artículo 46 de la Ley general de telecomunicaciones de 1998.

Disposiciones ambas de la Ordenanza (sus artículos 4.6 y 12.1.1) que, puestas en relación y habida cuenta de la falta de previsión de normas que aseguren la reversión de la regla general en aras de la segura cobertura del servicio, nos parecen contrarias al derecho de establecimiento de los operadores y faltas de proporcionalidad.

Lo que nos lleva a estimar parcialmente el recurso de casación, en lo que se refiere a la anulación de los mencionados apartados 6 del artículo 4 y 1.1 del artículo 12.

Restándonos por examinar el tercer motivo de casación, en que se impugna la exigencia a las operadoras, como requisito previo a la instalación de elemento de telefonía móvil, de la presentación ante el Ayuntamiento de Utiel de un plan de implantación del conjunto de toda la red dentro del término municipal (artículo 12.2.1 de la Ordenanza).

Sobre este aspecto hay que recordar que, con la finalidad de racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo que sobre el medio ambiente producen con frecuencia las instalaciones de radiocomunicación, numerosas ordenanzas exigen a las distintas operadoras la presentación ante el Ayuntamiento de un plan técnico de implantación, cuya aprobación por la corporación local es un presupuesto para que las distintas empresas puedan obtener licencias de obras o de funcionamiento.

La respuesta de la Sala al respecto debe coincidir, por similitud de circunstancias, con la que hemos dado en las sentencias de 23 de marzo y de 27 de abril de 2010 (rec. 4450/2007 y 4801/2006, respectivamente), en que razonábamos lo siguiente:

“Así, en las sentencias de veinticuatro de mayo de dos mil cinco –rec. 2603/2006– y de 17 de enero de 2009 –rec. 5583/2007– dijimos que ‘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’. En este sentido, valorábamos que ‘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 puede considerarse ilegal en cuanto establece la indicada exigencia y señala 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 solo tiene competencia el Ayuntamiento sino que este tiene encomendada la función de proteger –sentencia de quince de diciembre de dos mil tres–.’

“En el supuesto examinado en dicha sentencia, la Sala valoró, en orden a apreciar la conformidad a Derecho y la proporcionalidad de la previsión de la obligación de presentar y obtener la aprobación del Plan de implantación, que la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias había quedado garantizada mediante la exigencia –prevista en la propia Ordenanza– de que el plan técnico se ajustara a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente. Tal cautela suponía, en nuestra opinión, un argumento para concluir la proporcionalidad de la medida.

“En el caso que ahora se nos somete a examen, no existe una previsión similar. Sin embargo, aunque es cierto que falta el argumento de apoyo que consolidó la apreciación de la Sala de que la exigencia del Plan de implantación, además de acomodarse al

campo propio de las competencias municipales en la materia, era proporcionada, el hecho de que falte en el artículo 8 de la Ordenanza de Toledo una previsión similar no ha de suponer necesariamente un juicio negativo, bien sobre su legalidad, bien en torno a su proporcionalidad.

“Y es que, como hemos dicho, entre otras, en la sentencia de 28 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5060), rec. 5150/2003, las ordenanzas municipales, y en concreto las que regulan la implantación de instalaciones de telecomunicación en su ámbito territorial, cualquiera que sea el nombre que se les dé, son normas complementarias de la Ley; y por ello, en la medida en que no se opone a la misma, su contenido debe reputarse como válido. De esta forma, al igual que en el caso previsto en aquella sentencia, consideramos que, aunque el requisito atinente al informe previo del Ministerio de Fomento no estuviera contemplado expresamente en la Ordenanza, podía entenderse igualmente vigente por mor de la literalidad de la Ley, pues la Ordenanza no debía entenderse como una norma absoluta en términos de vigencia y aplicación, más bien al contrario su existencia en el ámbito jurídico se orienta en la subordinación al principio de jerarquía normativa.

“En idéntico sentido, consideramos en la actualidad y con respecto al problema en esta sede suscitado, es decir, la falta de mención expresa en la Ordenanza impugnada a la exigencia de que el Plan de implantación haya de realizarse conforme a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente, que no puede querer decir en ningún caso que su solicitud haya de presentarse conforme a coordenadas técnicas distintas de las establecidas por la Administración competente, pues en tal caso se estaría produciendo un exceso en el ejercicio de las competencias municipales. De esta forma, debe darse por válido el contenido del artículo 8 de la Ordenanza de constante referencia, pues, para su anulación por razón del matiz a que nos venimos refiriendo, hubiera sido necesario que de su texto emanara una explícita contradicción con el ordenamiento estatal o autonómico, que no puede entenderse existente en nuestro caso no obstante el silencio advertido en cuanto a las características técnicas de la solicitud, dado el carácter complementario que, en el ordenamiento jurídico entendido –como no puede ser de otra forma– en su conjunto, tienen las ordenanzas municipales”.

## **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 31 de mayo de 2010. RJ\2010\2523. Tasas municipales por la prestación de los servicios de abastecimiento y saneamiento de aguas en el marco de un convenio del artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre**

### **Antecedentes**

Recurso de casación núm. 6361/2005.

Ponente: Excmo. Sr. Emilio Frías Ponce.

Voto particular que formulan el Excmo. magistrado Sr. don Rafael Fernández Montalvo y el Excmo. magistrado Sr. don Ángel Aguallo Avilés.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia desestimatoria del recurso deducido contra una Resolución de la Asamblea General del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia por la que se aprueba la Ordenanza fiscal reguladora de las tasas por la prestación de los servicios de abastecimiento y saneamiento para el año 2004.

### **Extracto de doctrina**

Los motivos de fondo pueden ser tratados de modo conjunto, ya que en todos late la cuestión de si por la vía de aprobación de una Ordenanza fiscal puede dejarse sin efecto el convenio suscrito, en fecha de 30 de diciembre de 1997, por la sociedad recurrente con el Consorcio de Aguas de la Merindad de Durango para la prestación y financiación del servicio de vertido y tratamiento de aguas residuales, en el que se establecía una fórmula tarifaria específica por los servicios que el Consorcio prestaba a la sociedad, poniéndose fin a las diferencias que habían surgido.

La sentencia recurrida, en su Fundamento segundo, después de sintetizar las posturas de las partes, y partiendo de que el convenio se suscribió al amparo de la previsión establecida en el artículo 88 de la Ley 30/92, sobre la terminación convencional del procedimiento administrativo, que exige que los pactos no sean contrarios al ordenamiento jurídico, que tengan por objeto materias susceptibles de transacción, tengan fijado un plazo de vigencia y que no alteren las competencias de la Administración, estima que siendo el objeto principal del convenio suscrito fijar la fórmula tarifaria y el procedimiento para determinar la cuota mensual de la tasa a abonar por el servicio de depuración de aguas residuales, esta materia forma parte

del contenido mínimo que debe regularse mediante Ordenanza fiscal, conforme a lo que expresamente disponen el artículo 16.1 a) de la Ley de Haciendas locales y la correspondiente Norma foral reguladora de las Haciendas locales, por lo que si bien esta cuestión podía ser considerada objeto de acuerdo entre las partes en un momento en que no existía norma tributaria, una vez ejercida la potestad normativa en materia tributaria que al Consorcio reconocen los artículos 106.2 de la Ley de bases de régimen local y 12.2 de la Ley reguladora de las Haciendas locales, no puede caber duda de que la determinación de la deuda tributaria no puede llevarse a cabo sino conforme a lo dispuesto en la Ordenanza fiscal.

En consecuencia, según la Sala de instancia, “no le cabe a la Administración transigir sobre la forma en que se determinará la deuda tributaria al margen de la Ordenanza fiscal, acordando un sistema singular aplicable a un solo sujeto pasivo. Tal empeño es contrario a los principios de igualdad y generalidad tributaria, que consagran los artículos 31.1 CE y 3 LGT. Por tanto, el art. 88 LRJAP no puede amparar, en el momento presente, el convenio cuya efectividad quiere hacer la mercantil recurrente”.

En cuanto a la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio, que igualmente se alegó por la recurrente, la Sala, como se ha reseñado, niega que esta cuestión pueda plantearse al examinarse la legalidad de la Ordenanza.

La Sala anticipa que procede estimar el recurso por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup>) La supuesta nulidad de pleno del convenio por invadir competencias fiscales y por no fijar un plazo de vigencia no fue obstáculo para que disuelto el Consorcio del Duranguesado el 30 de diciembre de 1998, y una vez subrogado en sus derechos y obligaciones el Consorcio de Aguas de Bilbao-Bizkaia, se girasen liquidaciones de acuerdo con el convenio.

Tampoco las dos primeras regulaciones por Ordenanza fiscal de la tasa, correspondientes a los ejercicios de 2001 y 2002, impidieron al Consorcio seguir liquidando ajustándose al convenio y no conforme a las reglas fijadas en la Ordenanza, porque en las disposiciones adicionales únicas se estableció que lo dispuesto en la misma debía entenderse sin perjuicio del régimen de convenios suscritos, que mantenían plena vigencia, por lo que cuando, finalmente, el Consorcio aprobó el texto de Ordenanza para 2004, cuya disposición adicional única privaba de eficacia fu-

tura a los convenios suscritos con anterioridad a 2001, no podía apoyarse en las razones aducidas en el proceso y que la Sala acoge.

2.<sup>a</sup>) En todo caso, con independencia de la postura que se adopte sobre la naturaleza de los acuerdos a que se refiere el artículo 88 de la Ley 30/92, bien la de mero acto unilateral, bien la de contrato, si el Consorcio estimaba que el convenio era nulo por invadir competencias fiscales o por no fijar plazo de vigencia, debió recurrir al procedimiento de revisión oportuno, nunca modificar unilateralmente lo pactado, a través de la Ordenanza, máxime cuando el artículo 4 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, establecía que “La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de los prerrogativos establecidos por la legislación básica en favor de aquélla”, precepto que coincidía con el artículo 111 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Es obvio que el trámite legalmente ordenado para la revisión fue omitido, a pesar de que el artículo 64 del texto refundido remitía a los mismos requisitos y plazos del artículo 102 de la Ley 30/92, cuando se trataba de la declaración de nulidad de un contrato por las causas del artículo 62 y con los efectos del artículo 65.

Asimismo, el Consorcio prescindió de los restantes procedimientos para resolver o modificar el convenio que además de fijar la fórmula tarifaria para calcular el importe de la tasa a satisfacer por la recurrente, ponía fin a las relaciones problemáticas mantenidas en el pasado, reconociéndose la importante inversión acometida por la sociedad para disminuir el volumen de sus vertidos y reducir el grado de contaminación de los mismos.

3.<sup>a</sup>) No puede cuestionarse la relación entre la Ordenanza fiscal para el año 2004 y el Acuerdo de la Asamblea General del Consorcio de 22 de junio de 2004, que viene a declarar la resolución del convenio de plano, pues este se justifica realmente en la aprobación de la Ordenanza, por lo que la decisión administrativa de apartarse unilateralmente de lo pactado podía ser examinada con motivo de la impugnación de la Ordenanza.

4.<sup>a</sup>) Esta Sala ha mantenido un criterio distinto al que se acoge el Tribunal de instancia en su sentencia de 16 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1932), rec. de casación

8253/1996, al desestimar el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Valls que introdujo vía Anexo de una Ordenanza sobre suministro de agua potable la alteración de los precios convenidos con una agrupación de propietarios.

5.ª) La conclusión a que llega la Sala no supone desconocer la potestad tributaria al Consorcio de Aguas para imponer y regular las tasas que puede percibir por la prestación de los servicios cuya gestión tiene encomendada, sino la necesidad de respetar el convenio suscrito en tanto no se deje sin efecto mediante el procedimiento legalmente establecido.

### **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 24 de marzo de 2010. RJ\2010\2593. Tramitación simultánea de las autorizaciones de instalación y del proyecto ejecutivo de una central térmica de ciclo combinado, y control judicial de la declaración de utilidad pública en los procedimientos expropiatorios del sector eléctrico**

#### **Antecedentes**

Recurso contencioso-administrativo núm. 479/2007.

Ponente: Excm. Sra. Isabel Perelló Doménech.

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid contra un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declara de utilidad pública la central térmica de ciclo combinado de Morata de Tajuña, en la provincia de Madrid.

#### **Extracto de doctrina**

Para abordar la cuestión suscitada, debemos recordar la reciente sentencia de esta Sala de 22 de marzo de 2010 (PROV 2010, 123524), dictada en el recurso contencioso-administrativo número 513/2007, promovido por "Morteros y Áridos Especiales, S.A.", en la que declaramos la nulidad del mismo Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2007. Las consideraciones jurídicas expuestas en nuestro anterior pronunciamiento resultan plenamente trasladables al presente recurso, y comportan, como en aquella ocasión, la estimación de la pretensión anulatoria deducida. Los fundamentos jurídicos que determinan la declaración de nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado son los que pasamos a transcribir a continuación:

"La declaración de utilidad pública presenta en el ámbito de la regulación eléctrica, tal como argumenta la sociedad actora, una importante divergencia en relación con la regulación general establecida para la expropiación forzosa. En efecto, la Ley de expropiación forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954), contempla dos momentos distintos en el procedimiento de expropiación forzosa para la declaración de utilidad pública y para la determinación de los bienes a expropiar al objeto de afectarlos a un determinado objetivo o finalidad de interés general. En primer lugar es preciso justificar la utilidad pública que se declara respecto a la actuación, proyecto u obra pública de que se trate (artículos 9 y ss.). En un segundo momento (artículos 15 y ss.), es necesario determinar con absoluta concreción los bienes que necesitan ser afectados al proyecto en consideración y establecer la necesidad de su expropiación, con sujeción a los criterios que reiteradamente menciona la recurrente de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Efectivamente, este *iter* procedimental y las exigencias imprescindibles para que la expropiación se acomode a los requisitos constitucionales derivados del artículo 33 de la Constitución, requieren que esta determinación de los bienes se apoye en ese triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de expropiación en relación con los concretos bienes a expropiar, en el sentido de adoptar la medida menos restrictiva posible para el derecho constitucional que sufre la limitación, el derecho de propiedad. En definitiva, no se trata sino de aplicar al derecho de propiedad garantizado en el artículo 33 de la Constitución los criterios generales que la jurisprudencia constitucional ha elaborado para admitir la restricción de los derechos reconocidos por la Constitución.

"Pues bien, en el sector eléctrico se produce efectivamente alguna especificidad con respecto al anterior esquema procedimental. Por lo pronto, el legislador ha estipulado que las instalaciones eléctricas poseen, *ex lege*, utilidad pública. Así, el artículo 52 de la Ley del sector eléctrico declara de utilidad pública 'las instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso'; este precepto es reiterado en el artículo 140 del Real decreto 1955/2000.

"Tal determinación legal supone que la declaración de utilidad pública no necesita justificar que una línea eléctrica o una central de producción eléctrica sean de

utilidad pública, puesto que la Ley ya lo declara *ex ante*. Ahora bien, ello no vacía de contenido la declaración de utilidad pública que corresponde con carácter ordinario a la Dirección General de Política Energética y Minas, y de forma extraordinaria –cuando otra Administración Pública u organismo público se opone a la declaración (artículo 148 del Real decreto 1955/2000)–, al Consejo de Ministros: por el contrario, la declaración de utilidad pública requiere de forma ineludible justificar adecuadamente la necesidad o conveniencia (y, con ello, la utilidad pública) de la concreta instalación eléctrica en tramitación. Y huelga decir que cuando existan intereses públicos contrapuestos (como en el supuesto de autos entre el de la central eléctrica y los intereses públicos de una concesión minera vigente), en esa justificación deberá ponderarse la importancia o relevancia respectiva de unos y otros para poder declarar, en su caso, la utilidad pública prevalente de la instalación eléctrica.

“En segundo lugar y de especial importancia para el caso de autos, la regulación eléctrica determina que la propia declaración de utilidad pública lleva aparejada la necesidad de ocupación efectiva de los bienes afectados, de forma que desaparece la dualidad de fases prevista en la Ley de expropiación forzosa antes señalada. Así, frente a lo dispuesto en los artículos 9 y 15 de la Ley de expropiación forzosa, el artículo 54 de la Ley del sector eléctrico establece que la declaración de utilidad pública ‘llevará implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación a los efectos del artículo 52 de la Ley de expropiación forzosa’, regulación recogida en el artículo 149 del citado Real decreto 1955/2000.

“Pues bien, ciertamente tiene razón la actora en que dicha contracción a un único momento de ambas fases expropiatorias no supone prescindir de las exigencias constitucionales antes señaladas, aunque también es verdad que su plasmación concreta presenta rasgos específicos. Así, justificada la necesidad de la instalación eléctrica –lo que supone, *ex lege*, su utilidad pública– esta declaración abre paso, también *ex lege*, a la ocupación de los bienes afectados. En el caso de las instalaciones eléctricas la especificación de los mismos no supone normalmente una gran dificultad, puesto que solo es preciso tener la ubicación concreta de la instalación para poder determinar los bienes necesarios para la construcción de la línea, central u otra instalación de que se trate y el tipo de ocupación

necesario (expropiación, servidumbre, etc.). En definitiva, se quiere decir con ello que los juicios de necesidad y de idoneidad vienen ya prácticamente aparejados a la simple fijación de la ubicación de la instalación, así como que la naturaleza de la restricción al derecho de propiedad deriva muy directamente del tipo de instalación de que se trate. Ahora bien, por lo mismo resulta evidente que la declaración de utilidad pública, que lleva aparejada la ocupación de los bienes afectados, requiere de forma inexcusable tener fijados de forma definitiva dichos bienes, tal como efectivamente requiere de forma expresa la regulación vigente, según vamos a ver.

“El desarrollo concreto de lo relativo a la fijación y ocupación de los bienes afectados por la declaración de utilidad pública es efectuado por el referido Real decreto 1955/2000. El propio artículo 140 ya citado, en su apartado 3 establece que ‘para el reconocimiento en concreto de la utilidad pública de estas instalaciones, será necesario que la empresa interesada lo solicite, incluyendo una relación concreta e individualizada de los bienes o derechos que el solicitante considera de necesaria expropiación’. Lo cual se desarrolla en el artículo 143.3, que estipula el contenido del documento técnico que preceptivamente debe acompañar a la solicitud de declaración de utilidad pública, y cuyo apartado e) especifica que dicho documento técnico debe incluir una ‘Relación concreta e individualizada, en la que se describan, en todos sus aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación, ya sea esta del pleno dominio de terrenos y/o de servidumbre de paso de energía eléctrica y servicios complementarios en su caso, tales como caminos de acceso u otras instalaciones auxiliares.’

“(…) De acuerdo con lo que hemos visto en el anterior fundamento de derecho, en el sistema regulatorio del sector eléctrico la declaración de utilidad pública requiere básicamente la justificación de la necesidad de la instalación de que se trate, lo que lleva aparejada su utilidad pública. Pues bien, tal como se ha resumido ya más arriba, la sociedad actora se queja de que no existe ningún estudio o informe previo que justifique la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la ocupación (primera alegación), así como de la arbitrariedad de la decisión por la misma circunstancia (segunda alegación).

“Pues bien, no es posible aceptar el planteamiento que efectúa la actora sobre la necesidad de un informe o estudio previo relativo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la afectación

de derechos, calificando su ausencia como un defecto procedimental esencial determinante de la nulidad del procedimiento. En efecto, así planteado tienen razón las partes codemandadas en que no puede afirmarse la exigibilidad de semejante informe como un trámite procedimental preceptivo, puesto que no está contemplado en la regulación positiva, en particular en el Reglamento que regula dicho procedimiento, que es el reiteradamente citado Real decreto 1955/2000.

“Ahora bien, dicho esto es preciso añadir acto seguido que la inexistencia de semejante requisito como tal trámite formal no supone que no sea preciso dicho juicio respecto a la ocupación de los bienes o derechos a expropiar. Lo que sucede, como ya hemos expuesto en el anterior fundamento de derecho, es que en lo que respecta al sector eléctrico dicho juicio viene prácticamente reducido a la determinación de los bienes afectados, ya que la declaración de utilidad pública supondrá en todo caso la necesidad de expropiar los terrenos donde haya de ubicarse la instalación de que se trate, las correspondientes servidumbres de paso, etc. Esto es, la justificación de la necesidad de una determinada instalación eléctrica supone ya *ex lege* la justificación de su utilidad pública y, simultáneamente, de la necesidad de expropiar los terrenos y derechos afectados (juicio de necesidad e idoneidad) en lo necesario para dicha construcción (juicio de proporcionalidad), así como de proceder a su inmediata ocupación.

“En definitiva, el procedimiento expropiatorio en el sector eléctrico se reconduce a dos requisitos esenciales en los que se contienen todos los elementos necesarios para un procedimiento de expropiación forzosa, la justificación de la necesidad o conveniencia de la instalación eléctrica y la determinación de los bienes y derechos cuya expropiación o afectación resulta imprescindible, y ambos requisitos deben concurrir para la declaración de utilidad pública.

“En el concreto caso de autos tal justificación implica además tanto la necesidad de fundamentar la conveniencia de contar con la central de producción de energía eléctrica en tramitación en la ubicación propuesta –justificación que conlleva el interés público de la instalación por virtud de la directa determinación legal– como la necesidad de ponderar su interés público en comparación con el de la concesión minera existente en el terreno afectado.

“Pues bien, es preciso reconocer que la resolución impugnada del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2007 por la que se declara la utilidad pública de la

instalación, que es la que debe contener en principio semejante justificación de la necesidad de la central, así como la ponderación de los derechos en conflicto, no contiene la menor afirmación en tal sentido. En efecto, toda la resolución impugnada se dedica a exponer los argumentos contrarios a la instalación esgrimidos por sujetos interesados y las respuestas dadas por la entidad promotora, así como el cumplimiento de los trámites previos, pero en ningún caso incorpora una justificación del interés público de la instalación por parte del propio Consejo de Ministros, órgano que debe declarar la conveniencia –el interés público– de construir la central propuesta a la vista de unas y otras afirmaciones. Esta justificación por parte del Consejo de Ministros es especialmente relevante teniendo en cuenta que su intervención deriva de la oposición a la construcción de la central por parte de los ayuntamientos de Morata de Tajuña y Perales de Tajuña, lo que quiere decir que es el Consejo de Ministros y en este acto precisamente quien debe arbitrar entre la propuesta de construcción de la central eléctrica, autorizada por la Dirección General de Política Energética y Minas, y las posiciones contrarias de los ayuntamientos mencionados, determinando el interés público prevalente de la instalación de la central en el lugar propuesto frente a cualesquiera otro interés público o privado contrario.

“Un examen de la autorización administrativa dictada por la Dirección General de Política Energética y Minas, de 27 de marzo de 2006, muestra que tampoco en la misma existe una justificación de la necesidad de la central en discusión, por lo que habría que recurrir a la documentación obrante en el expediente para dilucidar si dicha justificación existe de forma que pueda entenderse que la decisión del Consejo de Ministros se apoya en la misma. Sin embargo, por razones de lógica procesal, antes de dilucidar si tal fundamentación de la declaración de utilidad pública pudiera encontrarse fuera de la propia decisión del Consejo de Ministros en el procedimiento administrativo que condujo a la resolución impugnada –fundamentación *in aliunde* también inexistente, según la actora–, procede examinar la segunda queja formulada por la entidad recurrente, en la que se contiene una queja por el carácter prematuro de la decisión impugnada, al versar sobre un proyecto de ejecución no definitivo.

“(…) Como se resumió ya en un anterior fundamento de derecho, la segunda alegación de la entidad actora es la imputación de arbitrariedad, en parte por la falta de justificación de la declaración de utilidad

pública que ya se aduce en la primera alegación, y en parte por declararse la utilidad pública respecto de un proyecto de ejecución no definitivo, carente todavía de la autorización ambiental integrada y con dudas racionales sobre la legalidad urbanística de la ubicación de la central. Al ser la primera imputación de arbitrariedad reiterativa respecto a la alegación vista en el anterior fundamento de derecho, procede ahora examinar la cuestión sobre la supuesta arbitrariedad y consiguiente ilegalidad de declarar la utilidad pública respecto a un proyecto de ejecución no definitivo.

“No cabe duda, puesto que así se establece expresamente en el artículo 143.2 del Real decreto 1955/2000, que la declaración de utilidad pública puede pedirse ‘bien de manera simultánea a la solicitud de autorización administrativa y/o de aprobación del proyecto de ejecución, o bien con posterioridad a la obtención de la autorización administrativa’. Asimismo, conviene recordar que el artículo 115 del propio Real decreto, que contempla las autorizaciones necesarias para la construcción, ampliación, modificación y explotación de todas las instalaciones de producción, transporte y distribución de energía eléctrica (autorización administrativa, aprobación del proyecto de ejecución y autorización de explotación), permite que las solicitudes de autorización administrativa y de aprobación del proyecto de ejecución puedan efectuarse ‘de manera consecutiva, coetánea o conjunta’. Ello lleva a la conclusión de que es perfectamente lícito que el promotor de una instalación eléctrica solicite conjunta y simultáneamente la autorización administrativa, la aprobación del proyecto de ejecución y la declaración de utilidad pública, como efectivamente es muy frecuente en la práctica.

“Ello no obsta, como es evidente, a que cada solicitud siga su propio procedimiento, según los requisitos y trámites que para cada una de dichas solicitudes establece el Real decreto 1955/2000. Esta posible autonomía y simultaneidad de solicitudes y de tramitación no impide, como es natural, una estrecha interrelación entre todas ellas, de tal forma que no resulta posible, en cambio, que dichos procedimientos puedan finalizar de forma autónoma en cualquier orden, ya que unas y otras autorizaciones requieren una determinada secuencia de concesión que deriva inexcusablemente de su propio contenido y sentido en el proceso único de aprobación de la construcción de una instalación eléctrica (aunque dicho proceso englobe distintas autorizaciones y trámites).

“Así, es evidente que la autorización administrativa, que se produce sobre el anteproyecto de la instalación (artículo 115.a del Real decreto 1955/2000) y que va precedida de los informes y estudios ambientales que sean preceptivos, debe necesariamente preceder a la aprobación del proyecto de ejecución (artículo 115 .b). Así lo hemos declarado en nuestras recientes sentencias de 8 de marzo (PROV 2007, 315353) y 22 de marzo de 2010 (recursos contencioso-administrativos ordinarios 2/620/2007 y 2/513/2007), y en los siguientes términos:

“(…) La queja de las entidades recurrentes revela una deficiente comprensión del procedimiento, en abierto contraste con lo expresamente estipulado en el referido artículo 115 del Real decreto 1955/2000. La primera fase es la tramitación de la autorización administrativa, que debe contar con el estudio y declaración de impacto ambiental, de ser ambos necesarios, fase que se produce sobre el anteproyecto de la instalación (apartado a). Aunque sin duda en una actuación secuencial natural la tramitación del proyecto de ejecución –que, en los propios términos del precepto, versa ya sobre un proyecto concreto de instalación– será posterior a la autorización administrativa, se admite expresamente su tramitación conjunta o coetánea. Ello no impide lo que resulta evidente, y es que aunque se tramiten simultánea o conjuntamente, en todo caso la aprobación del proyecto de ejecución ha de ser posterior a la autorización administrativa y al estudio de impacto ambiental necesario para otorgar tal autorización. O, dicho en otros términos, el proyecto de ejecución ha de tener en cuenta necesariamente las observaciones y condicionamientos que en su caso establezcan la autorización, normalmente como consecuencia de lo establecido en la declaración de impacto ambiental. (...)’ (fundamento de derecho tercero).

“Es evidente, en efecto, que no podría aprobarse el proyecto de ejecución ‘que se refiere al proyecto concreto de la instalación y permite a su titular la construcción o establecimiento de la misma’ (artículo 115.b), antes de que se haya otorgado la autorización administrativa, que versa sobre un anteproyecto de la instalación, y que acredita contar con el efectivo cumplimiento de los trámites medioambientales. Huelga decir que sí resulta posible, en cambio, que ambas autorizaciones se otorguen en la misma fecha, sobre la base de que el proyecto de ejecución se aprueba constando ya la concesión de la autorización administrativa, especialmente cuando no hay oposición a la declaración

de utilidad pública y ambas resoluciones corresponden a la Dirección General de Política Energética y Minas.

“En lo que respecta a la declaración de utilidad pública, que como hemos visto puede solicitarse al tiempo que las dos autorizaciones citadas (la administrativa de la instalación y la del proyecto ejecutivo), plantea la cuestión de que, tal como ya se ha indicado, no se limita estrictamente a dicho contenido: esto es, en términos de expropiación forzosa, no se limita a la declaración contemplada en el artículo 9 de la Ley de expropiación forzosa, sino que implica a su vez la determinación de los bienes afectados a la finalidad de la instalación eléctrica, es decir, que contiene simultáneamente la resolución sobre ocupación contemplada en el artículo 15 de dicha Ley. De limitarse estrictamente a la declaración de utilidad pública, ningún problema habría en que dicha declaración, aunque necesariamente posterior a la autorización administrativa, precediese a la aprobación del proyecto ejecutivo, puesto que la justificación de la necesidad o conveniencia de la instalación eléctrica de que se trate puede predicarse perfectamente sobre el anteproyecto de instalación contenido en la autorización administrativa.

“Ahora bien, habida cuenta de que la declaración de utilidad pública abre paso sin más trámite al procedimiento expropiatorio de los concretos bienes afectados (en concreto, sin el trámite específico que la Ley de expropiación forzosa contempla en el artículo 15), no es posible que pueda aprobarse sin que tales bienes afectados se hallen perfecta y definitivamente determinados, lo que solo se produce de manera efectiva con la aprobación del proyecto ejecutivo. Ello lleva a la inexcusable conclusión de que no es posible proceder a la declaración de utilidad pública con anterioridad a la aprobación del proyecto ejecutivo. De forma análoga a lo que hemos visto entre la autorización administrativa y la aprobación del proyecto ejecutivo, en el que aunque pudieran aprobarse en la misma fecha, aquella debe preceder a este, también la declaración de utilidad pública puede aprobarse de forma simultánea al proyecto ejecutivo, pero en este caso este último debe preceder a aquella. De hecho, lo sólito en los procedimientos relativos a instalaciones eléctricas es que cuando es precisa una decisión del Consejo de Ministros, esta se produce simultáneamente sobre la declaración de utilidad pública y aprobación definitiva del proyecto de ejecución de la instalación.

“Lo anterior no es sólo una exigencia de orden lógico, sino que se deriva de forma directa de la propia regulación contenida en el Real decreto 1955/2000. En efecto, habida cuenta de que la declaración de utilidad pública tiene como efecto inmediato ‘la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación a los efectos del artículo 52 de la Ley de expropiación’ (artículo 149.1 del Real decreto), la solicitud debe contener preceptivamente una ‘relación concreta e individualizada, en la que se describan, en todos sus aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación, ya sea esta del pleno dominio de terrenos y/o de servidumbre de pase de energía eléctrica y servicios complementarios en su caso, tales como caminos de acceso y otras instalaciones auxiliares’ [artículo 143.3 e) del Real decreto].

“Pues bien, semejante relación concreta e individualizada requiere ineludiblemente que esté perfectamente determinada con carácter definitivo la exacta ubicación de la instalación, sea el concreto trazado de una línea eléctrica, sea la precisa localización de una central de producción, transporte o distribución, entre las posibles variantes existentes inicialmente. Y aunque la solicitud de autorización debe contener un anteproyecto de instalación en el que se consigne la ubicación de la instalación [artículos 115 a) y 123.A a) del Real decreto], tal anteproyecto está sometido, como es evidente, al preceptivo trámite de información pública y de información a otras Administraciones Públicas, trámites de los que pueden derivar modificaciones de mayor o menor relevancia sobre el trazado o la ubicación inicialmente prevista en el anteproyecto y que, como es obvio, pueden originar –incluso aunque sean de escasa entidad– una variación en los terrenos afectados. Por ello, es solo después de la autorización administrativa, que puede incorporar variaciones sobre el referido anteproyecto, cuando es posible aprobar el proyecto de ejecución definitivo, y es solo en la solicitud de este cuando se exige una relación ‘concreta e individualizada, en la que se describan, en todos sus aspectos, material y jurídico’ de los bienes y derechos afectados. Es verdad que, como ya indicamos, el proyecto de ejecución se puede solicitar al tiempo que la solicitud de autorización administrativa –en cuyo caso los datos de ambas solicitudes serán necesariamente coincidentes–, pero eso solo significa que en tal caso dicha relación de bienes y derechos contenidos en la solicitud de aprobación del proyecto ejecutivo estará

a expensas de las variaciones que resulten de la tramitación de la autorización administrativa; y que, en todo caso, la aprobación del proyecto ejecutivo habrá debido tener en cuenta tales variaciones, dada la necesaria prioridad temporal, en los términos vistos, de la autorización administrativa.

“Como conclusión de todo lo anterior hemos de afirmar que no cabe declarar la utilidad pública de una instalación eléctrica sin aprobar simultáneamente el proyecto ejecutivo, pues no cabe admitir abrir la vía expropiatoria y la ocupación urgente de bienes y derechos sin contar previamente con la relación concreta e individualizada definitiva de los bienes y derechos afectados, y dicha relación solo se contiene en el proyecto ejecutivo, pues solo en él se encuentra finalmente determinada la exacta y definitiva ubicación de la instalación. Lo contrario sería gravemente atentatorio a la seguridad jurídica y a los derechos de los sujetos afectados, pues permitiría iniciar actuaciones expropiatorias que pudieran quedar finalmente descartadas con la posterior aprobación del proyecto ejecutivo.

“Debe pues estimarse el recurso en este punto, dada la alegación de arbitrariedad de la declaración de utilidad pública por tratar sobre un proyecto provisional, queja que encuentra su formulación más precisa en la ilegalidad de la misma por efectuarse en contra de lo dispuesto en los artículos 140 y 143 del Real decreto 1955/2000, que requieren, a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para el establecimiento de la instalación eléctrica, que estos estén individualizados en los términos del apartado 3.e) del artículo 143, lo que solo resulta posible con la previa o simultánea aprobación del proyecto de ejecución.

“En el caso presente concurren además circunstancias que hacen especialmente evidente la conclusión general que se ha expuesto. En efecto, en el supuesto de autos la autorización administrativa otorgada por la Dirección General de Política Energética y Minas condicionó expresamente la posterior aprobación del propio proyecto ejecutivo a la previa aprobación de la autorización ambiental integrada –de competencia autonómica y que por razones temporales no era precisa con anterioridad a la autorización administrativa–. Por otra parte, queda por resolver la objeción urbanística del Ayuntamiento de Morata de Tajuña como consecuencia de la ubicación de la central a menos de 2.000 metros del núcleo de población. Si por cualquiera de estas circunstancias no se aprueba el proyecto de ejecución, o la ubicación de la instalación se modifica para evi-

tar los óbices urbanísticos, la declaración de utilidad pública y las actuaciones expropiatorias derivadas de la misma habrían resultado carentes de base firme y podrían haber ocasionado perjuicios innecesarios a algunos titulares de bienes o derechos como la empresa recurrente. De hecho puede señalarse que por sentencia de 17 de diciembre de 2009 (PROV 2010, 138485) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha sido anulada la autorización administrativa de la central litigiosa de 27 de marzo de 2006, aunque dicha sentencia no goce todavía de firmeza.”

### C) Tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas

#### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 17 de junio de 2010. RJCA\2010\685. Relación entre concesión administrativa de aparcamiento de vehículos y naturaleza y función de las licencias municipales**

##### **Antecedentes**

Recurso de apelación núm. 2428/2009.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Bosch Barber.

Anulación de resolución municipal por la que se acuerda requerir solicitud de licencia de obras.

##### **Extracto de doctrina**

Para resolver la cuestión objeto de debate hemos de distinguir quiénes fueron los titulares de la licencia de obra e instalación de un aparcamiento, que lo fueron los concesionarios para la construcción y explotación del mismo, de quiénes son los usuarios del paso de carruajes que ocupa la acera que constituye un bien de dominio público, y cuya ocupación constituye un “aprovechamiento común especial”, como reiteradamente ha venido declarando el Tribunal Supremo. Debe recordarse someramente el fin de cada tipo de licencias: En primer lugar, la licencia de obras, desde la estricta perspectiva urbanística, ha de otorgarse si la obra o edificación proyectada está de acuerdo con las previsiones de la Ley del suelo y de los planes de urbanismo en general, tal como especificaba el artículo 178.2 de la Ley del suelo de 9 de abril de 1976.

Por otro lado, la llamada licencia de actividad y/o instalación tiene por objeto comprobar que la actividad y/o la instalación proyectadas se adecuan a la legislación, al planeamiento urbanístico y a las ordenanzas municipales, y para su concesión debe seguirse un trámite de información pública –con notificación personal a los vecinos inmediatos al lugar de emplazamiento propuesto–, la emisión de informes técnicos y sanitarios por parte de los correspondientes servicios municipales, informe de la propia corporación municipal, en que se indique el cumplimiento de las ordenanzas municipales y la existencia de instalaciones análogas en la zona que puedan provocar efectos aditivos, y la calificación de la actividad por la Comisión correspondiente, según el artículo 33 del Reglamento.

La obtención de las licencias anteriormente descritas por parte de un concesionario municipal cuyo contrato tenía por objeto la construcción del aparcamiento de residentes y la posterior explotación del mismo, hemos de entender, como sostiene el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia [sentencia dictada en interés de Ley en fecha 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7616); y sentencia en interés de Ley de fecha 12 de julio de 2006 (RJ 2006, 7252)], que “la concesión comprende no solo las licencias de obra e instalación sino, además, la autorización de acceso de vehículos en lo relativo a la explotación, en cuanto que tales licencias y autorizaciones son requisitos necesarios *sine qua non* para alcanzar la finalidad típica del convenio concesional que las abarca implícitamente, ya que al establecerse la obligación de abonar a la Corporación concedente el correspondiente canon por la entidad concesionaria debe tenerse en cuenta, al fijarse la cuantía, el conjunto de facultades y derechos objeto de la concesión”. Resulta indubitado que para la explotación de un aparcamiento de vehículos es imprescindible la correspondiente licencia de paso de vehículos, por ser inherente a la propia actividad a desarrollar en el aparcamiento, ya que la entrada al subterráneo forma parte integrante de la concesión misma, pues sin aquella no puede existir el propio aparcamiento.

Por tanto, el aprovechamiento especial del dominio público sujeto a licencia o autorización, ha de entenderse concedido en el propio contrato de concesión; y en el peor de los casos el requerimiento para la solicitud de la licencia previa de “paso de vehículos” habría de hacerse al concesionario, que es la persona que lo construyó y explota, pero nunca a la comunidad de usuarios, que carece de título alguno, salvo para el uso, como su propio nombre indica.

## **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2010. JUR\2010\331127. Participación de los interesados en la inclusión en el Inventario municipal de bienes y derechos**

### **Antecedentes**

Recurso contencioso-administrativo núm. 10/2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Puya Jiménez.

El recurso tiene por objeto la declaración de nulidad absoluta del Acuerdo llevado a cabo por el Pleno del Ayuntamiento de Güéjar Sierra por el que se incluyen en el registro del Inventario de bienes municipales, los terrenos pertenecientes al “Pro-Común de Canales”, correspondientes al Heredamiento del Marquesado de Santa Cruz, adquiridos en escritura de fecha 14 de abril de 1502, mediante la figura de Censo Enfitéutico, que desde dicha fecha los vecinos del Pro-Común de Canales venían disfrutando, sin que se les hubiere perturbado en el disfrute de los mismos.

### **Extracto de doctrina**

La pretensión esgrimida por los actores en el recurso, se dirige a la revocación y anulación del acto impugnado, la inscripción en el Inventario de bienes inmuebles de los terrenos pertenecientes al “Pro-Común de Canales” correspondientes al Heredamiento del Marquesado de Santa Cruz, efectuado mediante escritura de 14 de abril del año 1502, y ello en virtud de que la Administración, sin tener en cuenta a los titulares del dominio útil de las fincas a que se ha hecho referencia, y mediante una certificación inexacta del secretario acerca de la situación catastral de los bienes y de la titularidad de los mismos, aun conociendo sobradamente la existencia del derecho de enfiteusis a favor del “Pro-Común de Canales”, debió seguir el procedimiento administrativo que rige el artículo 31 de la Ley 30/92 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, consagrado por el artículo 105.c) de la Constitución.

La inscripción de bienes obtenida al amparo de una norma de derecho administrativo produce efectos frente a los administrados, toda vez que de ser consentida por estos, genera a favor del municipio la presunción de legitimidad registral del artículo 28 de la Ley hipotecaria, y el que se considere perjudicado por la extinción habrá de asumir la posición de actor en el proceso civil, que interponga para ejercitar la acción

declarativa de dominio o reivindicatoria que proceda, al paso que la impugnación de dicho acto en vía administrativa y contencioso-administrativa y la anulación del mismo constituya al Ayuntamiento en la posición del reclamante. El acto dictado por la Administración, al amparo de norma jurídica de carácter administrativo, en ejercicio de su facultad de prerrogativa y con efectos vinculantes para los administrados, no en cuanto a atribución definitiva de la propiedad de los bienes objeto de inscripción, sí en cuanto a los derechos y facultades de los interesados para reclamar contra una indebida inclusión en el Inventario de bienes que estiman pertenecerles.

En el caso, no es preciso examinar el estatuto jurídico de los bienes, lo que exige necesariamente que la Sala haga uso de la facultad concedida en el artículo 4 de la Ley reguladora de la jurisdicción, extendiendo su competencia, conocimiento y decisión de la cuestión prejudicial civil, ya que no es decisiva para la resolución del proceso, la determinación de si los bienes incluidos en el Inventario corresponden al dominio municipal o al privado, examinando tanto su carácter originario como la existencia o inexistencia de cambio de titularidad a través de los tiempos. Puesto que lo suplicado es, solo y exclusivamente, la declaración de nulidad absoluta por indefensión del acuerdo de inclusión de los bienes en Inventario público, pero no un pronunciamiento sobre la propiedad o naturaleza de los mismos.

Dar audiencia al interesado en el expediente seguido respecto de los bienes en los que estuviere implicado algún particular, está previsto incluso en el apartado a) del artículo 71 de la Ley 7/99 de bienes de las entidades locales, cuando se trata de la extinción de los derechos de los particulares sobre bienes del dominio público o comunales se acordará por el órgano, en todo caso, previa audiencia del interesado, y se consideran interesados, los que sin haber iniciado procedimiento tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; aquellos cuyos intereses legítimos individuales o colectivos puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, si eso es así cuando se trata de bienes comunales o de dominio público, más aún habrá de serlo cuando los bienes no sean de dominio público, ni comunales.

La falta de audiencia produce indudablemente una indefensión, que invalida el acto por incurrir en la causa de nulidad establecida en el artículo 62, párrafo primero, supuesto e) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre,

de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, que establece la nulidad de pleno derecho, de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado. En el caso, el Ayuntamiento de Güéjar Sierra omitió el trámite esencial para que el acto administrativo tenga plenos efectos jurídicos, dado que los bienes no tienen, en principio, el carácter de comunales.

Es cierto que la doctrina admite la posibilidad de la concurrencia de titularidad simultánea, respecto de los bienes comunales, por parte del municipio y vecinos, al poder ser contemplados como titulares concurrentes en una titularidad simultánea que los define como tipos de propiedad corporativa, en los que las facultades correspondientes a los vecinos o habitantes, son compatibles con los derechos dominicales del municipio. Sin embargo, no es el caso, puesto que en la enfiteusis las facultades correspondientes a los vecinos habitantes del Pro-Común de Canales, son distintas de los derechos dominicales, que no corresponden al municipio de Güéjar Sierra, sino al Marquesado de Santa Cruz, admitiendo que el aprovechamiento o disfrute de los bienes sea por cuenta de los miembros de una comunidad, de modo que el derecho de participar de los aprovechamientos puede considerarse como un derecho real de goce. Sin que hubiere dificultad alguna para que el aprovechamiento del dominio útil, pueda conceptuarse de un bien o derecho de aprovechamiento comunal, realizable de forma especial tradicional o consuetudinaria. Sin embargo, no tienen cabida en el Inventario municipal de bienes, en base a la correspondiente certificación administrativa, ni la inmatriculación en el Registro de la propiedad al no ser común y aún menos en perjuicio de la pervivencia, la costumbre y reglamentaciones locales que legitiman o postulan la subsistencia del "Pro-Común de Canales". ■

---

## Conclusiones y Decálogo de Recomendaciones del *Libro Verde*. *Los Gobiernos locales intermedios en España*

### Conclusiones

1. Del análisis comparado que se ha llevado a cabo en el presente Libro Verde se puede identificar claramente cómo en los países examinados de la Unión Europea la diversidad en la conformación de los Gobiernos locales intermedios es una constante como resultado –obvio por otra parte– de los diferentes contextos constitucionales existentes, de la forma de Estado, de las distintas tradiciones y procesos de evolución histórica en cada caso, así como de las reformas del Gobierno local que se han puesto en funcionamiento en esos países en las últimas décadas.

2. Sin embargo, a pesar de estas diferencias marcadas y de los procesos de reforma del escalón local de gobierno que se están impulsando en buena parte de estos países, se observa una tendencia general a reforzar el papel de los Gobiernos locales intermedios. Esto es así –por lo que ahora interesa– en los países de Europa meridional, cuya nota distintiva es el “localismo político” dominante, donde se produce una tensión evidente entre la necesidad de fortalecer los Gobiernos locales y la fragmentación existente que debilita sustancialmente su capacidad de gestión. La necesidad objetiva de fortalecer el segundo escalón del Gobierno local en estos casos es obvia si se quiere reforzar institucionalmente el Gobierno local.

3. El panorama expuesto de los Gobiernos locales intermedios en los diferentes países de la Unión Europea analizados ofrece, no obstante, una serie de ideas-fuerza que conviene retener para tener una idea cabal del alcance del problema en España. A saber:

a) La práctica totalidad de los países analizados dispone de niveles de gobierno local intermedios, con las excepciones de Austria, Finlandia, Luxemburgo y Portugal. En el primer caso, se trata de un Estado de estructura federal sobre un ámbito territorial limitado, que convierte en superflua la creación de otro escalón de gobierno entre el municipio y el *Land*. Y en los otros la escasa población, por un lado, o la existencia de regiones administrativas, por otro, hacen innecesario ese nivel de gobierno local intermedio.

b) En todos los países analizados, salvo en España, los sistemas electorales (con variantes que ahora no procede analizar) se asientan sobre principios de elección directa.

c) La regla general, también con la singular excepción española, es que tales Gobiernos locales intermedios disponen de competencias materiales, que comparten en algunos casos con competencias de naturaleza funcional. Estas últimas son más acusadas en aquellos países en los que predomina la atomización y el minifundismo municipal. En todo caso, las competencias materiales asignadas varían de uno a otro contexto en función del papel institucional que se le quiera dar al Gobierno local intermedio en la arquitectura de poderes públicos del Estado en cuestión.

d) Los sistemas de financiación, una vez más con la excepción española y alguna otra (Alemania), tienen una dependencia relativa de la financiación vía transferencias, existiendo algunos modelos en los que la financiación a través de ingresos propios es el elemento dominante (países nórdicos).

4. El proceso de formación de la provincia como entidad local en España ha sido complejo y dilatado en el tiempo. En todo este proceso se denota una tensión evidente entre la configuración inicial de la provincia como brazo ejecutor de la Administración del Estado en el territorio, y su configuración posterior como un “modelo dual” a través de la figura del gobernador civil (figura bicéfala que representaba al Gobierno central y era, a su vez, presidente de la Diputación Provincial), hasta desembocar finalmente en una entidad local dotada de autonomía.

5. Lo cierto es que el proceso histórico descrito ha estado salpicado de innumerables reformas del régimen local en una suerte de rueda sin fin. La estabilidad institucional de la provincia no ha sido –en lógica correspondencia con la inestabilidad político-constitucional del país– la nota dominante de ese devenir histórico.

6. En apretada síntesis cabe formular, como cierre, algunas ideas complementarias a las anteriores relativas al proceso de formación histórica de las provincias descrito en este Informe:

a) La provincia como entidad local ha tenido serias dificultades de encontrar acomodo efectivo en el desarrollo del Estado liberal español durante los siglos XIX y XX. Si exceptuamos algún período de Gobiernos liberales progresistas (sexenio revolucionario), la provincia no adquiere su reconocimiento expreso como entidad local, paradójicamente, hasta el Estatuto provincial de 1925, en plena dictadura de Primo de Rivera, y, aun así, algunas interferencias de la Administración del Estado seguirán vivas.

b) Cabe significar que los sistemas electorales para las diputaciones provinciales no solo se han basado en el sufragio indirecto, sino que ha habido también experiencias —si bien puntuales— de sufragio directo e, inclusive, otras de sistema electoral mixto. No obstante, el (viejo) partido judicial ha estado siempre omnipresente como circunscripción electoral desde 1835, aunque en ocasiones reordenado a través de la figura de los distritos.

c) La provincia ha ido asumiendo, también es cierto que debido a esa doble condición, competencias sustantivas o materiales de cierta importancia. No solo se ha limitado a ejercer competencias funcionales, aunque estas últimas, debido al particular proceso de vaciamiento paulatino de aquellas, se han terminado imponiendo.

d) Posiblemente, el régimen político franquista haya sido uno de los períodos que más ha pesado en el declive de la institución provincial como entidad local se refiere, sobre todo la pérdida de la (aun limitada) autonomía provincial adquirida.

e) A las puertas de la Constitución de 1978, la provincia se perfilaba como una institución muy expuesta a los nuevos vientos de las demandas territoriales que comienzan a tomar cuerpo durante los años de la transición política. La legislación electoral provincial, aprobada en pleno proceso constituyente, opta ya por una legitimación democrática indirecta del Gobierno provincial. Sin embargo, el panorama territorial español estaba ya incubando un cambio de magnitudes considerables.

7. La provincia (con la obvia excepción de las comunidades autónomas, constituidas a partir de la disposición transitoria segunda de la Constitución) tuvo un papel estelar en el proceso de creación del Estado autonómico, de acuerdo con el principio dispositivo. Y el reflejo en la Constitución de la institución provincial es, sin duda, muy evidente. Sin embargo, su doble (hasta cierto punto confusa) caracterización de la

provincia como entidad local, por un lado, y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado, por otro, no ayuda en el proceso de reforzamiento de la idea de autonomía provincial.

8. La autonomía provincial está reconocida constitucionalmente, y no es de menor calidad que la prevista para los municipios. Lo que ocurre es que la técnica de la garantía institucional se ha mostrado como claramente insuficiente para salvaguardar plenamente la autonomía provincial frente a un paulatino vaciamiento competencial, ya que solo es útil para evitar la supresión de la institución y, en su caso, para paliar un vaciado completo de sus atribuciones.

9. Pero el problema fundamental del (escaso) vigor de la autonomía provincial procede principalmente de la fuerza que ha adquirido el principio dispositivo también en este ámbito. Los estatutos de autonomía han ido regulando de forma distinta y diferente en su intensidad la provincia y, en suma, delimitando el alcance de la autonomía provincial. Esto, sin embargo, era una opción, puesto que la interiorización de la provincia podría haber dado lugar (y en algún caso así ha sido) no a un vaciamiento del nivel de gobierno provincial, sino a su fortalecimiento como nivel de gobierno local intermedio. De tal modo que es el binomio Constitución más estatutos el que ha terminado definiendo el alcance efectivo de la autonomía provincial en cada caso. Esta interiorización de la provincia en el ámbito autonómico ha implicado un claro debilitamiento de la misma, que no ha sido paliado —a pesar del mayor tratamiento del Gobierno local y del mejor tratamiento de la provincia en algunos casos— por los estatutos de autonomía de “segunda generación”.

10. Este panorama fragmentado o de “geometría variable” de la autonomía provincial no es en sí mismo negativo, salvo que de sus consecuencias se derive un debilitamiento de la institución provincial. Y, si así fuera, tal efecto solo puede ser amortiguado mediante una reforma constitucional que precise más su contenido (hipótesis muy poco transitable) o, en su caso, a través de una modificación de la legislación básica de régimen local que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional más reciente, fije una serie de ámbitos materiales como principios competenciales o estándares mínimos de competencias que deberá tener la provincia, sin perjuicio de que tales ámbitos competenciales puedan ser superados por lo previsto en los propios estatutos o, más precisamente, en las leyes que los desarrollen.

11. En línea con lo expuesto, bien se puede concluir que la autonomía provincial constitucionalmente garantizada ha sufrido un proceso de erosión permanente y paulatina, como consecuencia de la interpretación casuística que de la misma ha venido haciendo la jurisprudencia, así como derivado de la enorme diversidad de las regulaciones estatutarias que, pretendiendo hacer efectivo “el principio dispositivo” sobre una institución reconocida y garantizada constitucionalmente, se han venido plasmando tanto en los estatutos “de primera generación” como de “segunda” sobre el papel y función de la institución provincial. Reconducir este proceso a parámetros de racionalidad exige o una modificación de la legislación básica, en los términos expuestos, o un cambio de la propia jurisprudencia constitucional y ordinaria que modifique parcialmente sus desdibujadas líneas de protección de la autonomía provincial. Las provincias son, en suma, instituciones políticas del Estado constitucional. Y, por una razón o por otra, esa dimensión debe verse reforzada.

12. El minifundismo municipal actualmente existente en España requiere necesariamente un nivel de gobierno local intermedio que garantice la autonomía municipal para que esta sea realmente efectiva. La provincia es el escalón de gobierno intermedio más apropiado tanto por tradición, capacidad de gestión y experiencia en el ejercicio de tales funciones, como por solidez institucional contrastada frente a otras fórmulas institucionales emergentes que no han terminado de cristalizar.

13. Pero no solo es el minifundismo local el que justifica objetivamente a la provincia como Gobierno local intermedio, ya que el desarrollo de determinadas competencias, sean funcionales o materiales, se ubica en términos de eficiencia de forma más idónea en un nivel territorial de gobierno como es el provincial.

14. El nivel provincial de gobierno se justifica tanto por ser la pieza nuclear de la intermunicipalidad como por configurarse como un Gobierno local con un marco de atribuciones propias, de acuerdo con el principio de subsidiariedad (y sobre todo con el fin de evitar que la competencia “salte” de lo local a lo autonómico). Efectivamente, hay competencias locales que, por razones de escala, requieren ser ejercidas por un Gobierno local distinto al municipal como es la provincia.

15. La Diputación Provincial, en su actual configuración constitucional, es el órgano representativo de la provincia y ejerce “el gobierno y la administración” de esta. Por tanto, la Diputación es un órgano de go-

bierno que ejerce funciones de naturaleza política y no solo de carácter administrativo, que debe priorizar sus decisiones, así como sus recursos. Se debe reforzar el papel de las diputaciones como “Gobierno provincial”. También en el campo de las atribuciones funcionales hay un recorrido efectivo para establecer prioridades políticas a través, por ejemplo, de un sistema de concertación con los municipios y de evaluación ulterior de tales políticas.

16. Las competencias provinciales actualmente atribuidas tienen un carácter abierto e impreciso, lo que condiciona directamente el diseño organizativo de las Administraciones provinciales, que se muestra así muy plural y da lugar a modelos muy diferentes. Si bien es cierto que la organización institucional necesaria es común, no lo es menos que la Administración provincial general e institucional ofrece un amplio abanico de opciones en función de las políticas públicas que cada entidad provincial desarrolla. Sería razonable que las diferentes diputaciones provinciales dispusieran de un marco común organizativo básico, sin perjuicio de hacer efectivo el principio de autoorganización en cada caso.

17. En lo que afecta a la naturaleza representativa de la institución, la Diputación Provincial tiene una legitimidad democrática indirecta, debido al sistema de representación establecido por el legislador orgánico electoral (y que deriva del modelo fijado en 1978). Este sistema se aparta del espíritu de las previsiones de la Carta Europea de Autonomía Local y tiene como efecto una desactivación –siquiera sea parcial– del potencial político de la institución como Gobierno local plenamente representativo, por la lejanía que se entabla con los propios ciudadanos. El sistema actual presenta algunas disfunciones, además, tanto en la representación como en el diseño de las circunscripciones electorales (un modelo que, en cualquier caso, debería adaptarse a la situación presente). No hay, además, un escrutinio de los electores sobre la gestión gubernamental, ni propiamente hablando campañas electorales provinciales, lo que rebaja la efectividad del principio democrático.

18. Sin perjuicio de las opiniones que se vierten en el presente Libro Verde en la dirección de implantar un sistema de representación directa en la institución provincial, justificado en el reconocimiento a la provincia de competencias materiales, es, a todas luces, oportuno y razonable que sean las diferentes fuerzas políticas las que lleguen a un acuerdo sobre cuál ha de ser el sistema electoral que, finalmente, se implante. En todo

caso, se hace imprescindible replantear el estado actual de cosas en esta materia con el fin de reforzar el papel institucional de las diputaciones provinciales y, sobre todo, de acentuar su legitimidad democrática. A tal efecto cabe introducir un proceso de reflexión sobre la reforma de su sistema electoral, en la línea de acoger alguna de estas tres alternativas: a) reformar el actual sistema de representación indirecta; b) implantar un sistema de representación directa; y c) incorporar un sistema mixto. Este proceso debe relacionarse con la reforma de su sistema competencial. Asimismo, las instituciones provinciales deben apostar por impulsar sistemas de transparencia, reforzar el estatuto de la oposición e introducir códigos de buen gobierno, con el fin de fortalecer la calidad democrática de la institución.

19. El sistema electoral ha condicionado, junto con otros muchos factores, el modelo de organización institucional y la propia estructura administrativa de las diputaciones provinciales. La forma actual de gobierno provincial está asentada en parámetros tradicionales y dispone de la misma estructura de gobierno que los municipios de régimen común (por tanto, de los municipios pequeños y medianos). Se debe incorporar en la organización institucional provincial elementos que refuercen el papel del Pleno como órgano de control y fiscalización del Gobierno provincial, así como de aprobación de normas, y fortalecer la configuración de un Gobierno provincial con competencias ejecutivas propias articulado en torno a la figura del presidente y de la Junta de Gobierno. Ello no implica, en ningún caso, replicar la forma de gobierno de los municipios de gran población a la escala provincial, pues tiene aspectos sustancialmente mejorables y se ha de optar por establecer una organización institucional necesaria mínima adecuada a las necesidades reales de la provincia (a sus propias competencias) y que permita la virtualidad ulterior del principio de autoorganización provincial.

20. Las diputaciones provinciales deben apostar decididamente por un refuerzo de la legitimación institucional a partir del incremento de su propia eficiencia, lo que obliga a introducir en tales instituciones una cultura de "reinención", "innovación", "modernización" o de "cambio de paradigma" organizativo que se asiente sobre los siguientes ejes:

a) Un impulso de la cultura de gestión vinculada al control de resultados que permita la medición del impacto de las políticas antes, durante y después de su implantación.

b) Una simplificación y racionalización de las estructuras administrativas y especialmente de su Administración institucional.

c) Una mejora continua de sus procesos de gestión, con una constante simplificación de trámites y supresión de cargas administrativas a través del desarrollo de las TIC.

d) Una apuesta por una Administración de calidad en la prestación de servicios.

e) Un desarrollo de la innovación y el diseño de las políticas locales.

f) Una optimización en la gestión de los recursos económicos que además de más transparente y eficiente en términos de control, permita conocer el coste de los servicios públicos prestados.

g) Una apuesta por insertar directivos públicos profesionales que impriman procesos de modernización *top-down* en las respectivas organizaciones.

h) Una inversión en el fortalecimiento institucional de los RRHH de las diputaciones tanto por razones endógenas (captar talento y apostar por la excelencia) como por razones exógenas (apoyo de profesionales cualificados a los municipios).

i) Un reforzamiento de las actuales plantillas en la línea de la tecnificación y especialización en función de las necesidades, así como construir modelos de carrera profesional basados en la cultura del desempeño y de la evaluación.

j) Un impulso de la sociedad del conocimiento y de la gestión de redes.

21. Las diputaciones provinciales tienen que impulsar (en aquellos casos en que no lo hayan hecho ya) un proceso de modernización, e insertar en su funcionamiento cotidiano procesos de innovación continua con la finalidad de fomentar el principio de buena administración, convertirse en "el espejo institucional de los municipios" a través de buenas prácticas de gestión y ganar así la legitimidad por la eficiencia tan necesaria para reforzar su papel institucional, más aún en un período de acusada crisis fiscal. Este es el reto inmediato para el mandato 2011-2015. En ello se juegan gran parte de su futuro.

22. A las diputaciones provinciales se les han atribuido a partir de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 una serie de competencias de corte funcional o instrumental, principalmente configuradas a través de una concepción servicial del ente provincial en relación con los diferentes municipios. Esta opción del legislador básico contrasta fuertemente con la situación exis-

tente en los países de la Unión Europea y, además, se aleja de la configuración tradicional de la provincia en nuestro sistema institucional de reparto de responsabilidades públicas.

23. El modelo de Estado constitucional, desde la perspectiva de la organización territorial, ha conducido a un evidente fortalecimiento institucional de las comunidades autónomas y a un proceso de interiorización (relativa) de los Gobiernos locales, más acusado en el caso de las provincias. Ese proceso, que pudo tener desenlaces distintos, ha conducido sin embargo, por un lado, a un vaciamiento gradual de las competencias de la provincia a favor de la instancia autonómica, así como, paradójicamente, por otro, a un cierto solapamiento funcional o duplicidad de sus atribuciones que se ha materializado, en algunos casos, por la emergencia de niveles de gobierno local intermedios y entes locales del mismo carácter diferentes de la provincia, que han creado una imagen desarticulada de la intermunicipalidad, aparte de erosionar a las propias competencias provinciales.

24. El análisis de las competencias provinciales debe hacerse a partir de los criterios de legitimidad constitucional e institucional de las mismas y, en especial, en su dimensión democrática (que ya ha sido examinada) y por la eficiencia o por sus resultados o rendimientos institucionales. Y, bajo este punto de vista, constitucionalmente la provincia dispone de una legitimidad suficiente, pero en el plano competencial se puede avanzar mucho para que esa legitimidad sea óptima y revierta en una legitimación institucional más fuerte.

25. El reforzamiento de su legitimidad constitucional y, sobre todo, de su legitimidad institucional, debe provenir necesariamente de la atribución de un haz de nuevas competencias al nivel provincial de gobierno y que estas tengan un contenido material o sustantivo. Ello no es óbice para que se sigan manteniendo las competencias actuales y, particularmente, las relativas a asistencia a los municipios.

26. En cualquier caso, se debe llevar a cabo una reasignación de competencias que refuerce el poder político de la provincia y se base en tres criterios: asimetría, diversidad y flexibilidad.

27. Ese incremento cuantitativo y cualitativo de las competencias municipales se debe proyectar sobre una serie de ámbitos. A saber:

a) La asistencia y cooperación se debe mantener como una de las competencias nucleares (dada la consideración de la provincia como "agrupación de muni-

cipios"), pero se debe llevar a cabo —a imagen y semejanza de lo que ha hecho la Ley andaluza de autonomía local— una diferenciación analítica de las distintas tareas asistenciales.

b) Se deben reconocer a la provincia una serie de competencias en materia de prestación de servicios, ya sea por razones de escala o porque algunas de ellas ya se vienen ejerciendo de facto y otras que son perfectamente identificables en función de una serie de indicios.

c) Hay que potenciar las competencias provinciales en materia de ordenación del territorio y urbanismo, también en razón de las economías de escala, pero en ciertos casos por la necesidad de "abrir distancias" entre los intereses particulares y los lugares de adopción de las decisiones políticas.

d) Asimismo, cabe reconocer a la provincia competencias sobre la intervención en actividades privadas y de fomento en una serie de ámbitos.

28. Esta reordenación institucional de las competencias locales plantea de inmediato el problema de quién y cómo ha de hacerla efectiva. Salvo que se lleve a cabo una reforma de la Constitución que camine en esa dirección, la única posibilidad de reforzar el papel de la provincia como ente local dotado de competencias propias es a través, por un lado, de la reforma de la legislación básica del Estado en materia de régimen local, y, por otro, de la interiorización de esas líneas de intervención por parte de los diferentes legisladores autonómicos.

29. En relación con el primer punto, se considera necesario que la nueva regulación básica del Gobierno local que está en proceso de elaboración, se haga eco de la necesidad de reforzar las competencias de las diputaciones provinciales, asignándoles no solo competencias funcionales, sino determinando que intervendrán también en ámbitos materiales específicos. Las materias en las que las diputaciones podrían cumplir eficazmente servicios y competencias propias son, entre otras, medio ambiente, desarrollo económico y social, ordenación territorial, cultura e inmigración.

30. Y por lo que afecta al segundo punto, hay que partir de que los estatutos de autonomía configuran una realidad muy plural en cuanto a la posición de la provincia en el entramado local de gobierno se trata. La solución más cabal para reforzar el papel competencial de la provincia (sin perjuicio de apurar las posibilidades que a tal efecto ofrezca la definición del nuevo marco básico del Gobierno local), consiste necesariamente en la suscripción de un Pacto de Estado (o, cuando me-

nos, una política formalizada de amplio consenso) entre las diferentes fuerzas políticas sobre cuáles han de ser las líneas maestras de reordenación del sistema de competencias locales, con el fin de asignar a la provincia aquellas que por razones de escala o por criterios de eficiencia deban ser desarrolladas por los niveles de Gobiernos locales intermedios.

31. La posición relativamente marginal de la provincia frente al municipio no se observa solo en el ámbito competencial, sino que se proyecta de modo nítido en el terreno de la financiación. Los Gobiernos locales intermedios en España (diputaciones de régimen común, consejos y cabildos insulares), representan una parte pequeña del gasto público local: el 13,5%.

32. Este dato es indicativo, efectivamente, del poco protagonismo que se ha querido dar en España a los Gobiernos locales intermedios. En el conjunto del sistema de gobierno local, el municipio es el ente que gestiona la mayoría de los recursos, y los Gobiernos locales intermedios, especialmente las diputaciones de régimen común, se ven relegadas a una mera función de asistencia y complementariedad municipal con una gestión marginal del gasto público local.

33. Pese a este contexto, algunos Gobiernos locales intermedios han desplegado una importante labor no únicamente en el ámbito de su función de asistencia y cooperación con el municipio, también en el ejercicio de algunas competencias materiales o sustantivas. Aquí se observa nítidamente el contraste entre competencias atribuidas por el legislador y las realmente realizadas.

34. Si analizamos el comportamiento del gasto de los Gobiernos locales intermedios, podemos concluir que su labor de asistencia y cooperación se traduce en la transferencia de importantes recursos a otros entes, sobre todo ayuntamientos y consorcios. Los Gobiernos locales intermedios se convierten, por tanto, en agentes inversores y en una importante fuente de financiación de los municipios. En aquello que hace referencia al ejercicio de competencias sustantivas, destacan sobre todo dos ámbitos en los que los Gobiernos locales intermedios han llevado a cabo un mayor volumen de gasto: la producción de bienes de carácter social (promoción y difusión de la cultura, bienestar social, prevención y extinción de incendios, servicios asistenciales, hospitales y centros de salud), y de bienes económicos (carreteras, caminos vecinales y vías públicas urbanas, infraestructuras básicas y transporte y mejora del medio ambiente).

35. El sistema de financiación que se articula para sufragar este comportamiento de gasto varía en función del Gobierno local intermedio en cuestión. Si bien los consejos y cabildos insulares gozan de un mejor sistema de financiación basado en una mayor autonomía financiera (disponen de un mayor volumen de ingresos vía participación en tributos), las diputaciones de régimen común ven seriamente cercenada su autonomía y suficiencia financieras. Las diputaciones de régimen común se nutren en un porcentaje muy elevado (un poco más del 80% del total de sus ingresos) de las transferencias del Estado y, en algunos casos, de las comunidades autónomas.

36. Sin lugar a dudas, este sistema de financiación basado principalmente en las transferencias convierte a las diputaciones de régimen común en instituciones dependientes. Se debe añadir al problema descrito que se observa una importante disparidad en cuanto al volumen de ingresos transferidos entre diputaciones de régimen común. Algunas diputaciones de régimen común disponen de muchos más recursos que otras. Si bien el criterio de población parece adecuado para distribuir los recursos, el modelo de financiación ha de introducir otras variables, tales como la dispersión geográfica o la solidaridad interterritorial, que pueden justificar determinadas asimetrías en la distribución de los recursos.

37. Cabe, por tanto, mejorar cualitativamente el modelo de financiación de las diputaciones provinciales, sobre todo si se produce la reordenación competencial por la que se ha venido abogando en el presente Informe. Se trataría, en suma, de hacerlas mucho menos dependientes de la financiación vía transferencia y de reforzar, en consecuencia, sus ingresos autónomos vía tributos propios, pero sobre todo por la participación en tributos del Estado y de las comunidades autónomas, en lógica correspondencia con las responsabilidades asumidas. Obviamente, esta reforma se debería llevar a cabo en el marco de la pendiente e inaplazable reforma del sistema de financiación local.

38. Sin embargo, los Gobiernos locales intermedios no se acaban en España en las diputaciones provinciales, pues hay un amplio espectro institucional que, por distintas razones y causas, ha ido configurando un mapa institucional de la intermunicipalidad en el Estado de las autonomías ciertamente dispar y sin un patrón común. En efecto, las singularidades insulares cualifican notablemente la especificidad de esos Gobiernos (locales) intermedios. Lo mismo sucede con las diputaciones forales o con la Comunidad Foral de Navarra a partir

de la Disposición adicional primera de la Constitución. Pero, junto a ello, está la “integración” (*rectius*, supresión) de las diputaciones provinciales en las comunidades autónomas uniprovinciales.

39. A este conglomerado institucional de Gobiernos locales intermedios se le añaden aquellos otros que, con anclaje estatutario o legal, han sido creados por las comunidades autónomas: comarcas y áreas metropolitanas. Y junto a estos cabe añadir otras estructuras intermedias (más bien con vocación de gestionar “determinados” servicios públicos) tales como mancomunidades y consorcios, cuya proliferación en el escalón local de gobierno es viva muestra de la debilidad de un sistema de intermunicipalidad que debería girar sobre la provincia como entidad local constitucionalmente garantizada.

40. En las comunidades autónomas uniprovinciales las diputaciones sufrieron un proceso de integración, que en la práctica fue una supresión. La desaparición orgánica de las diputaciones implicó que la Administración autonómica asumiera un doble papel y, por tanto, se encargara de la defensa tanto de los intereses autonómicos como, cuando haga falta, de los intereses locales de la provincia. Sin embargo, de esas dos “almas” pudo siempre más la autonómica que la local, pues esta última se fue diluyendo paulatinamente hasta prácticamente ser reducida a una Dirección General de una Consejería.

41. Cabe plantear hasta qué punto esa dedicación menor (o de baja intensidad) de las comunidades autónomas uniprovinciales a su presunta dimensión local no ha supuesto una minoración del principio de autonomía local, tanto desde el punto de vista provincial (los intereses propios de la provincia son desatendidos por falta de órganos propios que los defiendan) como municipal (los municipios no reciben asistencia y cooperación por parte del segundo nivel de gobierno local, puesto que no existe). La Comunidad política local, compuesta por municipios y provincias, no está articulada en este caso: pues no cabe duda de que la Comunidad Autónoma no es “una agrupación de municipios”.

42. Sin lugar a dudas, la recuperación de las diputaciones provinciales en las comunidades autónomas uniprovinciales es, hoy en día, un objetivo completamente inviable. Pese a ello, para superar las limitaciones descritas, se deben buscar soluciones institucionales a través de determinados órganos donde los municipios puedan asumir un papel codecisor en aquellas materias que les afecten (por ejemplo, en la elaboración y aprobación del Plan de Obras y Servicios).

43. En las Islas Canarias los cabildos se han configurado como instituciones híbridas o de doble naturaleza: a la vez se consideran instituciones autonómicas y locales. Creados en 1912, los cabildos son en la actualidad el Gobierno local intermedio por excelencia en el archipiélago canario. El régimen especial de los cabildos determinado por el Estatuto de Autonomía de Canarias, la legislación básica y la legislación autonómica convierte a los cabildos en unas instituciones claramente diferentes a las diputaciones de régimen común en cuestiones como las competencias ejercidas, el sistema electoral, su organización y funcionamiento y su sistema de financiación.

44. Los cabildos disponen de un amplio listado de competencias sustantivas o materiales, configurándose como una institución que va mucho más allá de ser complementaria o de ejercer funciones instrumentales de apoyo a los municipios, como en el caso de las diputaciones de régimen común. En la práctica el volumen de competencias transferidas a los cabildos es considerable y son por tanto instituciones con un elevado techo competencial. En segundo lugar, los cabildos gozan de legitimidad democrática directa. El sistema de elección se asemeja a la elección democrática directa de los municipios y se aleja del sistema electoral indirecto de las diputaciones de régimen común.

45. En cuanto a su organización y funcionamiento, por imperativo de la legislación básica a los cabildos de Tenerife y Gran Canaria les es de aplicación el régimen de organización previsto para los municipios de gran población. El Parlamento canario ha decidido aplicar este régimen, también, a los cabildos de La Palma y Lanzarote. Los cabildos de Fuerteventura, La Gomera y El Hierro quedan sometidos al régimen de organización y funcionamiento de las diputaciones de régimen común.

46. Por último, y seguramente como característica que más aleja a los cabildos de las diputaciones de régimen común, es que los primeros gozan de una amplia autonomía y suficiencia financiera. Los cabildos son los Gobiernos locales intermedios que han gozado de un mayor volumen de ingresos por habitante (884 euros per cápita), aunque hoy también se ven afectados por la situación de crisis económica global.

47. Los consejos insulares ostentan una doble naturaleza: por un lado, son instituciones autonómicas, por el otro son órganos de gobierno de las islas, y, por tanto, instituciones locales. Tras la reforma estatutaria de 2007, se ha confirmado la naturaleza híbrida de los consejos, acentuando su vertiente autonómica y,

en esa medida, cabrá esperar hasta qué punto pueda verse afectada su naturaleza local. En todo caso, la reforma estatutaria de 2007 ha comportado un refuerzo institucional de los consejos en todos los frentes. Los consejos se articulan como instituciones autónomas, que defienden sus propios intereses y despliegan una actividad política, propia y sustantiva, alejada de la mera complementariedad o función instrumental de las diputaciones de régimen común.

48. Seguramente este refuerzo institucional se muestra con mayor claridad en el ámbito competencial. Los consejos disponen de “competencias propias” en un amplio listado de materias sustantivas o materiales. Se trata de un ámbito competencial propio protegido a nivel estatutario. Este reconocimiento de un amplio ámbito competencial propio y sustantivo viene acompañado por un sistema electoral que dota a los consejos de legitimidad democrática directa. Asimismo, los legisladores estatutario y autonómico han decidido desplazar el régimen de organización y funcionamiento de las diputaciones de régimen común, en principio aplicable a los consejos, y han apostado por implantar una forma de gobierno de corte parlamentario.

49. Todos estos cambios en materia competencial, en el régimen electoral y en materia de organización y funcionamiento han acabado por configurar a los consejos como instituciones autónomas, fortalecidas institucionalmente y de perfil propio, con todas las ventajas que esto supone.

50. Los tres territorios históricos vascos –Álava, Guipúzcoa y Vizcaya– están gobernados por unas instituciones con una estructura institucional o forma de gobierno muy diferente a las diputaciones de régimen común. Este perfil singular se ha desarrollado al amparo de la Disposición adicional primera de la Constitución.

51. Las singularidades de las diputaciones forales en comparación con las diputaciones de régimen común abarcan tanto a su naturaleza institucional como a su organización y forma de elección, su ámbito competencial y su sistema de financiación. En cuanto a su naturaleza, las diputaciones forales son instituciones híbridas: son entes públicos territoriales que forman parte de los “poderes” de la Comunidad Autónoma y entidades locales al mismo tiempo, aproximándose a la situación existente en las comunidades autónomas uniprovinciales. En aquello que hace referencia a su organización y forma de elección, las diputaciones forales han ejercido su potestad de autoorganización y se han estructurado mediante un sistema de corte

parlamentario, gozando de legitimidad democrática directa.

52. El ámbito competencial de las diputaciones forales abarca un amplio abanico de competencias sustantivas o materiales que alejan a las diputaciones forales de las funciones complementarias o instrumentales que ejercen las diputaciones de régimen común. Sin duda, algunas de esas competencias materiales encuentran su explicación en los derechos históricos.

53. Finalmente, y como una de las singularidades más importantes, las diputaciones forales gozan de un sistema de financiación que garantiza una amplia autonomía y suficiencia financiera. Son las diputaciones forales las encargadas de recaudar los tributos y, posteriormente, distribuirlos entre todas las Administraciones Públicas que ejercen competencias en el País Vasco. Las diputaciones forales se convierten en la Administración clave, como órgano recaudador y distribuidor de recursos, del País Vasco.

54. La comarca en España ha tenido una débil y en muchos casos, inexistente implantación en el marco institucional local. La comarca no aparece expresamente mencionada en el texto constitucional. La LBRL tampoco ofrece una regulación mucho más detallada del ente comarcal. La comarca, por tanto, es una creación de las comunidades autónomas, en no pocas ocasiones alejada del propio impulso local (de los municipios y sobre todo de las provincias) y como una suerte de alternativa (no confesada) al nivel provincial de gobierno.

55. Caben diferentes opciones autonómicas en relación con la división del territorio en comarcas. La división comarcal puede generalizarse a toda la Comunidad Autónoma, o puede hacerse caso por caso a través de la aprobación de una Ley específica. El grado de interiorización de la entidad comarcal no es homogéneo en todas las comunidades autónomas. Los estatutos de autonomía difieren en el tratamiento que hacen del espacio comarcal.

56. La construcción de la intermunicipalidad, por tanto, en aquellas comunidades autónomas pluriprovinciales que han optado por la comarca, conlleva una compleja convivencia entre provincia y comarca, sobre todo porque no se ha sabido (o no se ha querido) diferenciar un espacio competencial propio de la comarca diferente del de la provincia. El resultado es un modelo de intermunicipalidad de duplicidad o de competencias concurrentes, muy poco eficiente en términos económicos, y escasamente racional, que vulnera además la autonomía provincial constitucionalmente reconocida y garantizada.

57. La comarca puede encontrar su ámbito de actuación inserta en el propio ámbito competencial de la provincia o como entidad local intermedia diferenciada. La posibilidad de que la comarca pueda constituirse como un Gobierno local intermedio con singularidad propia y diferenciada de la propia provincia, podría tener sentido en los casos de creación de comarcas singulares o específicas, aunque también en estos supuestos se debería de articular un sistema de relaciones con la Diputación Provincial. Como Gobierno local intermedio puede ser una fórmula de intermunicipalidad idónea en el caso de las comunidades uniprovinciales.

58. La funcionalidad de las comarcas en el sistema institucional local no ha dado muestra alguna hasta la fecha de resultar una solución idónea. Por tanto, si no se consigue una clarificación y distinción entre los ámbitos competenciales de las provincias y de las comarcas no parece razonable desplazar a las diputaciones provinciales por las comarcas, porque de este modo se estaría favoreciendo la fragmentación (y una cierta competencia) de la idea de "comunidad política local" de la que tanto las provincias como las comarcas forman parte.

59. El área metropolitana es una entidad local de carácter dispositivo, que puede o no existir, según lo decida el legislador autonómico, y cuya configuración final, como una entidad de tipo territorial o institucional, depende en último extremo de este, a quien está entregado casi todo su régimen jurídico, respetando en todo caso las prescripciones estatales básicas. La interiorización autonómica de este tipo de entidades es también muy intensa.

60. El ordenamiento jurídico actual permite que el legislador autonómico configure el área metropolitana tanto bajo la forma de una Administración Pública territorial o general como bajo la forma de una Administración Pública institucional o especializada. Solo cuando se opte por configurar al área metropolitana como una Administración Pública de tipo territorial o general, puede calificarse a esta de Gobierno local intermedio en un sentido estricto. En el segundo caso solo podríamos hablar de ente local intermedio.

61. El escaso arraigo del área metropolitana en España, como solución diseñada por el legislador básico, para abordar los problemas propios del fenómeno metropolitano, parece ser una evidencia en estos momentos. Y contrasta además con el auge de esta

fórmula del Gobierno local en Europa y el resto del mundo. Tal vez los errores en su diseño son obvios. El problema central que presenta la figura de las áreas metropolitanas es, sin duda, su configuración como entes creados por la Comunidad Autónoma que se insertan con mayor o menor acierto en la realidad local existente. Una mejora del marco regulador básico de las áreas metropolitanas, favoreciendo un mayor protagonismo de los municipios afectados y de las diputaciones provinciales en la creación y gestión de este tipo de entidades, podría otorgar a las áreas metropolitanas una inserción más cómoda en el "sistema político local". Las diputaciones deberían, así, tener un liderazgo institucional en el proceso de configuración de las áreas metropolitanas.

62. Constatado el escaso arraigo del área metropolitana, descubrimos que en la práctica lo que funcionan son técnicas alternativas de solución de lo metropolitano, como las mancomunidades de municipios y los consorcios, que por su voluntariedad y su flexibilidad han alcanzado un notable éxito en la solución de lo metropolitano, sin estar inicialmente diseñadas por el legislador para ese propósito. También la provincia, la comarca o la isla, pueden asumir funciones metropolitanas, proyectando una organización interna diferenciada, dotada de funciones específicas, sobre aquella parte del territorio en la que se sitúe el área metropolitana. La creación en el marco de la provincia de las agencias metropolitanas podría ser una solución institucional óptima para hacer efectiva la idea de "comunidad política local" integrada y coherente, e insertar en la misma cómodamente la realidad metropolitana.

63. La intermunicipalidad ha sufrido un intenso proceso de articulación plural (o de geometría variable) a través de la proliferación o multiplicación de mancomunidades y de consorcios. Y este proceso apunta, por un lado, a un problema evidente, que no es otro que la limitación de las capacidades de gestión de muchos municipios, y, por otro, es una muestra de que la provincia (o algunas provincias) ha sido desplazada del ejercicio de aquellas competencias que está llamada a desarrollar en estos momentos.

64. La provincia, en su calidad de entidad nuclear de la intermunicipalidad, debería, en todo caso, participar activamente en la conformación de consorcios e impulsar, asimismo, la creación de mancomunidades donde sea necesario, debiendo ofrecer a tales entidades la asistencia técnica oportuna. No

puede ser orillada o ninguneada en estos procesos, tal como está ocurriendo en algunos casos recientes de institucionalización de mancomunidades o, en su caso, de consorcios. Conviene, por tanto, que se deslinde claramente cuáles son las funciones de tales entidades y que, en ningún caso, se solapen o dupliquen competencias provinciales, salvo que, como en el caso de los consorcios, la entidad provincial forme parte determinante de los órganos de gobierno de aquel.

65. No es de recibo que tales entidades asuman concurrentemente competencias que están ya asignadas a la provincia (asistencia y cooperación a los municipios con carácter general). Por tanto, el derecho de asociación de los municipios debe respetar la autonomía de la provincia, constitucionalmente reconocida y garantizada, cuyo núcleo esencial consiste en la existencia de un “ámbito funcional diferenciado” donde las provincias disfruten de un poder decisorio propio, identificado por el Tribunal Constitucional con la función de asistencia y cooperación a los municipios radicados en su territorio.

66. La superación de estas –y otras– posibles tensiones entre provincia y fórmulas asociativas municipales pasa por ofrecer un adecuado encaje entre ambas realidades. Encaje que supone seguramente el fomento de dichas fórmulas asociativas, pero también la fijación clara de sus límites. Y que supone igualmente una clara delimitación de la posición y funciones de la provincia en nuestro sistema local, incluida la fijación del papel de la provincia en relación con los municipios asociados.

67. En suma, la provincia (y, en concreto, su órgano representativo y de gobierno, la Diputación Provincial) debe articularse como el eje vertebrador de la intermunicipalidad dentro de un sistema coherente, racional y eficiente de sistema político local. La actual fragmentación, solapamiento y duplicidad de diferentes niveles de gobierno local intermedio (así como de entidades locales del mismo carácter) ofrecen un panorama cargado de no pocas ineficiencias. Ordenar la intermunicipalidad no significa negar o reducir la plena efectividad del principio de organización de cada ente local ni impedir las formas de agrupación voluntaria municipal, únicamente representa estructurar el espacio local de gobierno bajo premisas de racionalidad, con la mirada siempre puesta en prestar los mejores servicios a los ciudadanos a un menor coste.

## Decálogo de Recomendaciones

A partir de lo expuesto tanto en el Libro Verde como en sus Conclusiones, se pueden sugerir una serie de Recomendaciones con el fin de que sean valoradas, en su caso, tanto por el legislador como por aquellas instancias políticas con facultades para impulsar un proceso de adecuación de los Gobiernos locales a la realidad existente en la segunda década del siglo XXI.

Tales Recomendaciones son las siguientes:

1. **Cualquier proceso de reforma o de actualización de las diputaciones provinciales, debe actuar necesariamente sobre los tres ejes capitales en los que se asienta el poder público provincial: las competencias, la forma de gobierno (sistema electoral y organización institucional) y la financiación. La forma de paliar el proceso de erosión que ha venido sufriendo la provincia en España, como consecuencia de la frágil protección que le otorga la garantía institucional y de la diversa posición de aquella en los diferentes sistemas autonómicos, exige una mejor definición de tales ejes en la legislación básica, así como una receptividad más elevada de la jurisprudencia hacia el papel central de la provincia en un sistema articulado de intermunicipalidad.**

2. **La intermunicipalidad, sin perjuicio de las competencias de que al efecto disponen las comunidades autónomas para adaptarla a sus propias peculiaridades territoriales, es un asunto que tiene inevitables proyecciones sobre la organización del Estado, pues dependiendo de la mayor o menor fortaleza de ese sistema intermunicipal se protegerá con mayor o menor intensidad la propia autonomía local. La provincia, por determinación constitucional, debe ser la pieza central de la arquitectura institucional básica de la intermunicipalidad, con la única excepción de las islas.**

3. **El minifundismo municipal actualmente existente, así como el ejercicio de determinadas competencias o la prestación de ciertos servicios por razones de escala, conducen directamente a situar a la provincia como escalón de gobierno intermedio más apropiado, tanto por tradición como por experiencia y capacidad de gestión, para articular la intermunicipalidad. Las soluciones institucionales emergentes de otros Gobiernos locales intermedios (complementarios o alternativos a la provincia) no han dado, hasta la fecha, resultados satisfactorios, lo que justifica más aún la existencia de la provincia (junto con las islas) como elemento nuclear de la intermunicipalidad.**

4. **Con el fin de reforzar la legitimidad institucional y democrática de las diputaciones provinciales** (y, en su caso, adecuarla a las previsiones de la Carta Europea de Autonomía Local), así como de dotar de mayor calidad representativa y visibilidad a tales instituciones, **cabe introducir un proceso de reflexión sobre la reforma del sistema electoral de las diputaciones provinciales, que atienda a una de las tres soluciones siguientes: a) reformar el sistema actual de representación indirecta; b) implantar un sistema de representación directa; o c) incorporar un sistema mixto de representación.** Mejorar la calidad democrática de la institución y su buen gobierno exige, además, optar por la transparencia, reforzar el estatuto de la oposición y establecer códigos de buen gobierno en las instituciones provinciales.

5. La forma de gobierno de las diputaciones provinciales está asentada en parámetros tradicionales: es idéntica a la de los municipios de régimen común. **Se debe incorporar en la organización institucional provincial elementos que refuercen el papel del Pleno como órgano de control y fiscalización, así como de aprobación de normas, y fortalecer la configuración de un Gobierno provincial con competencias ejecutivas propias, articulado en torno a la figura del presidente y de la Junta de Gobierno.**

6. Asimismo, **las diputaciones provinciales** –con el fin de poder desarrollar plenamente sus cometidos institucionales– **deben reforzar su legitimidad por la eficiencia, mediante la implantación gradual de un cambio de paradigma organizativo** que se asiente sobre las siguientes premisas:

a) Impulsar una cultura de gestión de control de resultados vinculada a la medición del impacto de las políticas.

b) Simplificar y racionalizar sus estructuras administrativas.

c) Implantar la mejora continua de los procesos de gestión con el apoyo y desarrollo de las TIC.

d) Apostar por una Administración de calidad en la prestación de servicios.

e) Optimizar la gestión de los recursos económicos para conseguir una mayor transparencia y eficiencia en términos de control y coste de servicios.

f) Insertar una estructura directiva profesionalizada.

g) Innovar y diseñar políticas públicas locales.

h) Invertir en las personas como el capital más importante que tienen las organizaciones. En particular, impulsar la configuración de plantillas muy tecnificadas y

establecer sistemas de carrera profesional en el marco de una cultura de evaluación del desempeño.

i) Impulsar la sociedad del conocimiento y la gestión en redes.

7. **La provincia debe avanzar en el reforzamiento de sus propias competencias**, con el fin de apuntalar su legitimidad institucional y desarrollar su naturaleza de poder político territorial. **El reconocimiento de competencias propias a las diputaciones provinciales debe ir dirigido a mejorar la eficiencia del sistema de gobierno local en su conjunto.** A tal efecto, **se deben atribuir a las provincias competencias de carácter material o sustantivo, sin perjuicio de mantener y mejorar las competencias funcionales** que actualmente desempeñan. Asimismo, se les deben reconocer las competencias que vienen ejerciendo, ya sea como competencias propias o a través de un sistema de delegación (en los casos en que tales competencias sean de la Comunidad Autónoma). Ese reforzamiento de competencias de las diputaciones provinciales se ha de hacer efectivo, ya sea a través de la reforma de la legislación básica o por medio de un reajuste de las competencias locales por parte del legislador autonómico, de acuerdo con el principio de subsidiariedad (que así aparece recogido en algunos estatutos).

8. **La posición relativamente marginal de la provincia frente al municipio se observa igualmente en el campo de la financiación, derivada tal vez del reducido marco competencial que actualmente se reconoce a tales poderes públicos territoriales.** No obstante, las provincias son agentes inversores y una fuente importante de financiación de los municipios a través de los servicios que presta. Asimismo, **ejercen un volumen considerable de gasto en la producción de bienes de carácter social y de bienes económicos. Se debe por tanto adecuar la financiación de las diputaciones provinciales a las competencias que ejercen actualmente, y establecer un sistema de financiación provincial menos dependiente de las transferencias y más vinculado a las competencias que efectivamente se les atribuyan**, con el fin de mejorar su autonomía y suficiencia financiera. **La mejora cualitativa del sistema de financiación provincial se debe hacer en el marco de la futura reforma legal de la financiación local** y, obviamente, en paralelo a la nueva redefinición institucional y competencial de las diputaciones provinciales en la nueva legislación básica de gobierno local.

9. Las diputaciones provinciales y el resto de Gobiernos locales intermedios han de tener un protagonismo efectivo en el proceso de elaboración de la futura legislación básica de Gobiernos locales, con el objeto de que pueda cristalizar en tal normativa ese reforzamiento del escalón provincial como centro neurálgico de la intermunicipalidad, y como Gobierno local dotado de competencias propias. El carácter nuclear de la provincia en la arquitectura de la intermunicipalidad debe contribuir a superar el actual estadio de confusión que ofrece ese espacio institucional, con la multiplicación, escasamente ordenada, de niveles de Gobiernos locales intermedios y de entes locales del mismo carácter.

10. Se requiere, en suma, un amplio consenso (que se puede articular incluso como Pacto de Estado) entre las diferentes fuerzas políticas que conforman el arco parlamentario en el Estado constitucional, que tenga por finalidad sentar las bases de un proceso de ordenación racional y eficiente de los Gobiernos locales intermedios y que gire en torno a las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, como piezas maestras para hacer efectivo el principio de autonomía local y salvaguardar asimismo la autonomía municipal o la capacidad para priorizar políticas que han de tener nuestros ayuntamientos. Razones de mejor prestación de los servicios públicos a los ciudadanos en términos de eficiencia deben estar detrás de todas estas decisiones políticas. Reordenar el espacio local de gobierno y, en concreto, los Gobiernos locales intermedios es una reforma estructural necesaria para reforzar la calidad de nuestras instituciones y proveer mejores servicios a la ciudadanía. ■

# Informe con respecto a la legalidad del ejercicio, por parte de la Diputación Provincial de Ourense, de las actividades económicas de estudio, promoción y ejecución de actividades urbanísticas

Francisco Cacharro Gosende

Secretario general de la Diputación Provincial de Ourense

**Asunto:** Expediente para el ejercicio, por parte de la Diputación Provincial de Ourense, de las actividades económicas de estudio, promoción y ejecución de actividades urbanísticas (promoción inmobiliaria de viviendas y suelo empresarial, actuaciones de rehabilitación y cualquier otra actividad urbanística o inmobiliaria de interés social).

**Trámite:** Informe de Secretaría General.

**Fecha:** 27 de septiembre de 2006.

## 1. Antecedentes y objeto del informe

Con fecha 19 de septiembre de 2006, la Comisión Informativa de Personal, Promoción Económica, Empleo y Políticas de Igualdad de la Diputación Provincial de Ourense dictaminó favorablemente la adopción, por parte del Pleno, del acuerdo de iniciación del expediente para el ejercicio, por la entidad provincial, de las actividades económicas de estudio, promoción y ejecución de actividades urbanísticas (promoción inmobiliaria de viviendas, suelo empresarial, actuaciones de rehabilitación y cualquier otra actividad urbanística o inmobiliaria de interés social). La propuesta de acuerdo contenida en dicho dictamen incluye el nombramiento de la Comisión especial a la que se refiere el artículo 309 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, ordenando la realización de los trámites previstos en dicho precepto.

En el expediente sometido a dictamen de la Comisión no figuraba ningún informe de la Secretaría General de esta corporación, al no ser preceptivo dicho informe, ya que el artículo 47.2.k) de la Ley de bases del régimen local solo impone su necesidad en el caso de acuerdos para el ejercicio de actividades económicas en régimen de monopolio, modalidad que no se contempla en la propuesta de acuerdo dictaminada.

No obstante, y con posterioridad a la emisión del dictamen de la Comisión, por la Presidencia de la Diputación Provincial de Ourense se ha solicitado de esta Secretaría la emisión de informe respecto de dicho expediente, con relación a las siguientes dos cuestiones:

– En primer lugar, con respecto a la legalidad del ejercicio por parte de la Diputación Provincial de las actividades económicas de estudio, promoción y ejecución de actividades urbanísticas.

– En segundo lugar, sobre la posibilidad de que el ejercicio de dichas actividades económicas pueda constituir un supuesto de competencia desleal con las empresas del sector privado de la construcción.

El análisis de estas dos cuestiones constituye, por tanto, el objeto del presente informe, análisis que se contiene en las siguientes consideraciones jurídicas.

## 2. Consideraciones jurídicas

### 1.ª) Legalidad del ejercicio por parte de la Diputación Provincial de Ourense de las actividades económicas de estudio, promoción y ejecución de actividades urbanísticas (promoción inmobiliaria de viviendas, suelo empresarial, actuaciones de rehabilitación y cualquier otra actividad urbanística o inmobiliaria de interés social)

Por lo que se refiere a esta primera cuestión, entiendo que la única razón imaginable que podría llevar a considerar ilegal el ejercicio de las actividades económicas reseñadas por parte de la Diputación Provincial de Ourense estriba en la falta de competencias urbanísticas de este Gobierno local, consagrada en la vigente Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. Como es sabido, dicha norma solo atribuye a las diputaciones

provinciales las competencias recogidas en su artículo 231, que son las siguientes: la asistencia y cooperación con los municipios para el ejercicio de las competencias urbanísticas de estos últimos [competencia derivada, en última instancia, de la prevista en el artículo 36.1.b) de la Ley de bases del régimen local] y la participación en funciones de gestión urbanística con otras Administraciones Públicas (se entiende, lógicamente, que esas otras Administraciones serán las que ostenten la competencia, y que las diputaciones provinciales se limitarán a participar en las funciones de gestión, en los términos que recojan los correspondientes convenios o acuerdos de colaboración, o bien mediante otras fórmulas como la delegación del ejercicio de competencias gestoras o la encomienda de gestión). Es obvio que estos títulos competenciales poseen un objeto material distinto al que integra el ejercicio de las actividades económicas recogidas en el dictamen de la Comisión de fecha 19 de diciembre, y, por ello mismo, entiendo que solo a partir de esta consideración cabe imaginar el planteamiento de un juicio de ilegalidad sobre el ejercicio de dichas actividades por parte de la Administración provincial.

Pues bien: si la premisa para la formulación de un posible juicio de ilegalidad respecto del ejercicio por parte de la Diputación Provincial de las actividades económicas de estudio, promoción y ejecución de actividades urbanísticas se cifra en la falta de competencias urbanísticas de la Administración provincial (y, desde luego, esta Secretaría no concibe un punto de partida alternativo para la formulación de un juicio semejante), lo primero que hay que advertir es que se trata de una premisa absolutamente errónea: errónea no en sí misma (pues es evidente que, a la luz del artículo 231 de la LOUG, las competencias urbanísticas provinciales se reducen a las ya citadas), sino en cuanto a su aplicabilidad al caso que nos ocupa. Ello es así porque, como se expondrá a lo largo de este informe, en el expediente de referencia no nos encontramos ante la posibilidad de que por parte de la Diputación Provincial se ejerzan determinadas competencias urbanísticas, sino ante la de que se ejerzan meras actividades económicas; y, en este sentido, cabe ya adelantar que, para que dicho ejercicio de actividades económicas por parte de una Administración Pública sea legítimo, no resulta precisa la atribución de una competencia con idéntico objeto. Es decir: considerar que la Diputación Provincial no puede ejercer actividades económicas relacionadas con el urbanismo

por su falta de competencias administrativas en esta materia, supone partir de un grave error conceptual, al colocar en un mismo plano dos realidades jurídicas diferentes e independientes entre sí: de una parte, la competencia para realizar funciones administrativas en sentido estricto; de otra, la capacidad jurídica para ejercer actividades económicas. Esta distinción conceptual resulta fundamental para un correcto análisis jurídico de la cuestión. Por ello, resulta preciso, para una cabal comprensión del asunto, realizar primeramente una serie de consideraciones de tipo doctrinal que permitan perfilar claramente ambos conceptos, cada uno de los cuales alude a formas diferentes de actividad de la Administración Pública (no ya en su manifestación formal o material, sino en su naturaleza intrínseca), lógicamente sujetas a un diferente régimen jurídico.

En efecto, a la hora de analizar la actividad de las Administraciones Públicas cabe distinguir dos grandes ámbitos de actuación: de una parte, la acción administrativa propiamente dicha (en su triple acepción de acción de policía, acción de fomento y acción de servicio público, según la división tradicionalmente admitida en la doctrina administrativa española); de otra, la actuación de la Administración Pública en el tráfico jurídico, como un sujeto de Derecho más, que no supone ejercicio –al menos de modo directo– de esas funciones administrativas encomendadas por las leyes. Las diferencias entre uno u otro modo de actuar son radicales. La acción administrativa, en sentido estricto, implica el ejercicio de un poder público (manifestación, en última instancia, del llamado poder ejecutivo del Estado), y por ello se instrumenta mediante la atribución a las Administraciones Públicas de potestades (que suponen facultades exorbitantes de las comunes a otros sujetos de Derecho; se trata de poderes especiales, de auténticos privilegios jurídicos, como la facultad de autotutela, la potestad normativa, la potestad tributaria, la potestad expropiatoria...) cuyo ejercicio se articula y disciplina a través de relaciones jurídico-administrativas, en las que la Administración ostenta una especial posición, una posición de *imperium*, de autoridad pública. Este tipo de acción de las Administraciones Públicas –la acción administrativa en sentido estricto– constituye, lógicamente, el grueso de sus actividades y su razón de ser primordial, y abarca tanto las funciones de policía (que son las que más intensamente implican el ejercicio de autoridad, constituyendo actos de intervención coactiva en la esfera jurídica de los particulares, como por ejemplo ordenar y regular actividades

privadas, someter a autorización previa u otros controles dichas actividades, o imponer sanciones frente a los posibles incumplimientos de dichas limitaciones) como las de fomento (acciones dirigidas a incentivar o fomentar determinadas actividades o conductas, como por ejemplo la concesión de becas, premios y subvenciones), o como, en fin, funciones de prestación de servicios públicos en sentido amplio (abarcando tanto la creación de infraestructuras colectivas como la realización de prestaciones a favor de los administrados, de muy diverso contenido). En todos estos casos, el presupuesto de validez de la acción administrativa es la competencia, es decir: la atribución, por parte del ordenamiento jurídico, de la capacidad (o, más bien, de una función debida, puesto que su ejercicio es, en la inmensa mayoría de los casos, una obligación para la Administración) de actuar unas determinadas funciones (de policía, fomento o servicio público) en una determinada materia, en régimen de Derecho público, es decir, en el ejercicio de esos poderes y facultades exorbitantes concedidos por el ordenamiento jurídico. Esta delimitación previa de la capacidad de actuar de las Administraciones Públicas, consecuencia del principio de legalidad consagrado en la Constitución, constituye una exigencia lógica del Estado de Derecho, como mecanismo de garantía de que esos poderes exorbitantes solo se empleen en los casos, para las finalidades y del modo establecido por la ley, y, asimismo, como garantía de una distribución racional y coordinada de funciones de las distintas Administraciones Públicas existentes en el Estado español.

Pero esta acción administrativa en sentido estricto no agota las posibilidades del campo de actuación de las Administraciones Públicas. Frente a ella, el ordenamiento admite la actuación de las Administraciones Públicas, en régimen de Derecho privado, en relaciones jurídicas que en sí mismas no se diferencian de las que pueden trabarse entre los particulares. Dentro de este ámbito de actuación –que, por su propia naturaleza, suele ser marginal en el tráfico administrativo– destaca, por su volumen e importancia, el ejercicio de actividades económicas. No nos encontramos aquí ante un supuesto de ejercicio del poder público en sentido estricto: no se trata de actuaciones en las que la Administración ejercite facultades exorbitantes y poderes especiales (tales como dictar normas, imponer multas o expropiar bienes) en el desempeño de funciones públicas atribuidas por la ley, y habitualmente caracterizadas como auténticas obligaciones para la Admi-

nistración a la que se encomiendan; ni siquiera cabe confundir el ejercicio de actividades económicas con la modalidad de acción administrativa de prestación de servicios públicos, actividad esta última que igualmente constituye una función pública, que se realiza en régimen de Derecho público y al margen del marco institucional del mercado de bienes y servicios: aun cuando, materialmente, la prestación de servicios públicos (sanitarios, educativos, asistenciales o de cualquier otro tipo) incida económicamente en dicho mercado, en sentido estricto, jurídico y formal no forma parte del mismo, desde el momento en que no se sujeta a sus reglas comunes (entre ellas, a las leyes reguladoras de la competencia: ningún hospital privado podría considerar que la prestación de servicios sanitarios gratuitos constituyese un acto de competencia desleal, como es obvio). Por el contrario, el ejercicio de actividades económicas por parte de la Administración Pública supone la realización de acciones de producción y/o distribución de bienes o servicios en ese marco institucional de mercado, en pie de igualdad con el resto de operadores económicos, en régimen de Derecho privado y sin que la Administración pueda hacer uso de sus poderes especiales. Dicho en términos más simples: cuando la Administración Pública ejerce actividades económicas, no administra en sentido estricto: actúa como un empresario, sin perjuicio de que el porqué y el para qué de esa actividad empresarial no residan en la búsqueda de beneficios económicos, sino en el logro de determinados objetivos de interés general propuestos como finalidad de una determinada acción política de gobierno.

Ni que decir tiene, la distinción conceptual entre acción administrativa y ejercicio de actividad económica (que he tratado de exponer someramente en los párrafos anteriores) ha hecho correr ríos de tinta en la literatura administrativa, fundamentalmente por la dificultad que en principio parece plantear la delimitación entre actividades económicas y servicios públicos de contenido económico (es decir, aquellas prestaciones que realiza la Administración Pública y que, pese a su naturaleza de servicio público y su prestación en régimen de Derecho Administrativo, poseen un contenido económico que las hace susceptibles de explotación empresarial, habitualmente instrumentada mediante concesiones administrativas u otros contratos de gestión de servicios públicos). A mi juicio, la diferencia entre servicio público y actividad económica no tiene un carácter material, es decir, no son las características materiales de esa actividad (en particular, su idoneidad

para producir beneficios económicos) las que permiten distinguir el uno de la otra. La diferencia es esencialmente formal: la prestación del servicio público supone el ejercicio de una competencia atribuida por la ley (ya sea de modo expreso y concretamente definido, ya a través de cláusulas de habilitación competencial genérica, como sucede en nuestro Derecho local: así, por ejemplo, el artículo 28 de la Ley de bases del régimen local, que atribuye a los municipios competencia para la realización de “actividades complementarias” de las de otras Administraciones Públicas, enumerando una serie de materias puramente indicativas); en cambio, el ejercicio de actividad económica no presupone competencia alguna (por el contrario, la excluye), sino simple capacidad jurídica de obrar en relaciones civiles, laborales y mercantiles.

Ahora bien: sentada esta distinción (de carácter doctrinal, sin duda, pero basada estrictamente en la regulación que nuestro ordenamiento jurídico hace de la actividad administrativa, como se verá), la primera cuestión que se plantea es la misma posibilidad de que la Administración Pública ejerza actividades económicas. Es evidente que el ejercicio de la que he denominado acción administrativa, en sentido estricto, está amparado por la específica legitimación que suponen los títulos competenciales contenidos en las leyes que regulan tanto el régimen jurídico como los distintos sectores de actuación de las Administraciones Públicas. Como es sabido, la Administración Pública se halla sujeta al principio de legalidad (consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución vigente) “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, como establece el artículo 103.1 de la misma Constitución. Principio de legalidad que exige, no ya que su actuación no contradiga normas prohibitivas (como se exige a los particulares), sino que exista una habilitación legal previa que ampare en todo momento su actuación. Esto significa, ni más ni menos, que la Administración Pública no se halla vinculada de un modo meramente negativo a la ley (como sí sucede con los ciudadanos, que pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido, sin necesidad de una norma que los habilite expresamente a ello), sino que su vinculación es positiva, esto es: la Administración Pública solo puede hacer aquello que la ley le permite, y en las condiciones y con los requisitos que, en su caso, la ley establezca. En otros términos: la Administración Pública carece de libertad en el sentido propio de la palabra, ya que precisa siempre de una habilitación legal que fundamente positivamente

su actuación. Es obvio, por ello, que el ejercicio de actividades económicas por la Administración Pública, para ser congruente con las exigencias del principio de legalidad, requiere de una habilitación específica en el ordenamiento jurídico (habilitación que no debe confundirse con un título competencial, pues su contenido es sustancialmente diferente del de este).

La existencia de dicha habilitación no ofrece dudas en el ordenamiento vigente, y tiene su base en la propia norma constitucional: en concreto, el artículo 128.2 de la Constitución establece con nitidez que “[s]e reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”. Este primer dato normativo nos permite afirmar, de entrada, que en España la Constitución permite a los entes públicos ejercer actividades económicas (añade el artículo 128.2 la posibilidad de reservar por ley recursos o servicios esenciales al sector público, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general; si bien estas previsiones, como es obvio, son irrelevantes para el caso que nos ocupa). Si además tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 103.1 de la misma Constitución (según el cual “[l]a Administración Pública 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”), podemos afirmar que la Constitución reconoce a la Administración la capacidad de ejercer actividades económicas, siempre que dicha actividad se encuentre al servicio de los intereses generales o se justifique desde la perspectiva de dichos intereses.

Dando un paso más, y descendiendo ya al campo de la legislación de régimen local, nos encontramos con que el artículo 86.1 de la Ley de bases del régimen local, en desarrollo del artículo 128.2 de la CE citado, establece que “las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución”. Es, pues, indiscutible, que las entidades locales –entre las que se incluye la provincia, de acuerdo con el artículo 3.1.b) de la Ley de bases; provincia cuyo órgano de gobierno y administración es la Diputación Provincial, conforme al artículo 31.3– pueden ejercer actividades económicas. Eso sí: para ello deben acreditar, mediante un expediente administrativo, la “oportunidad y conveniencia de la medida” (oportunidad y conveniencia que, como

es lógico, exigirá, cuando menos, que el resultado del ejercicio de esas actividades económicas se vincule a la consecución de fines de interés general atribuidos a esa entidad local). El porqué de esta exigencia es evidente: recuérdese que estamos hablando de ejercer una actividad para la que la ley no atribuye competencia a la entidad local. En efecto, no tendría ningún sentido obligar a un Gobierno local a acreditar “la oportunidad y conveniencia” de realizar una actividad para la que dispusiese de competencia, puesto que si la ley atribuye la competencia huelga toda consideración respecto de la “oportunidad y conveniencia” de ejercerla: antes al contrario, es una obligación ejercer esa competencia, realizar esa función pública asignada por la ley. Podrá discutirse, claro está, la “oportunidad y conveniencia” de adoptar esta o aquella medida concreta al ejercer la competencia, de actuar de una u otra forma, pero lo que no cabrá discutir es el hecho mismo de actuar, el hecho mismo de ejercer la competencia. Al tratarse de ejercicio de competencias, la “oportunidad y conveniencia” de dicho ejercicio ya la ha establecido la ley, y de modo imperativo en la generalidad de los casos. Como fácilmente puede observarse, el tratamiento normativo del ejercicio de las actividades económicas por las entidades locales es perfectamente congruente con la distinción doctrinal defendida en este informe, pues solo en el seno de dicha distinción cobra pleno sentido la exigencia del expediente acreditativo de la “oportunidad y conveniencia” de la medida.

Ciertamente, cabe matizar que, si bien la competencia no es necesaria como título habilitante del ejercicio de actividades económicas, ello significa que las competencias y fines asignados por la ley a la Administración Pública sean absolutamente irrelevantes a la hora de determinar la “oportunidad y conveniencia” del ejercicio de una actividad determinada. Como ya dijimos, la Administración Pública nunca goza de libertad, en el sentido propio de la palabra, para la toma de decisiones en esta materia; y es obvio que, al amparo del artículo 103 de la Constitución, la “oportunidad y conveniencia” de la medida deberá justificarse siempre en la búsqueda de la satisfacción de los intereses generales encomendados a la Administración, intereses para cuya identificación las competencias constituyen, sin duda, el indicador más fiable. Pero esto no significa, a mi modo de ver, que deba existir una competencia concreta que ampare directamente el ejercicio de una actividad económica dada: basta con que exista una vinculación teleológica clara entre esa actividad económica

y la obtención de los fines encomendados por la ley a la Administración Pública. En el caso de la Diputación Provincial, y si se tiene en cuenta que entre sus competencias se hallan tanto “la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social” [artículo 36.1.d) de la Ley de bases del régimen local] como “el fomento de los intereses peculiares de la provincia” [artículo 36.1.e) de la misma Ley], parece claro que el ejercicio de actividades económicas urbanísticas (desde la promoción de suelo empresarial a la de viviendas sujetas a regímenes de protección pública, la promoción de equipamientos e infraestructuras, la rehabilitación en cascos históricos o en el medio rural o la realización de estudios en estas y otras materias conexas) puede constituir un instrumento sumamente eficaz de “cooperación en el fomento del desarrollo económico y social” y de “fomento de los intereses peculiares de la provincia”: la conexión del ejercicio de esta actividad económica con los fines y competencias de la provincia, pues, no parece algo descabellado, sino más bien lo contrario, pues existe un vínculo claro entre una y otros; igualmente, el ejercicio de esta actividad económica puede constituir un importante instrumento en la política de cooperación con los ayuntamientos, coadyuvando así a la consecución de fines de competencia provincial tan indiscutibles como la cooperación y asistencia a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica o de gestión [artículo 36.1.b) Ley de bases del régimen local]. En suma –y sin perjuicio de que esta cuestión, es decir, la justificación concreta de la actividad económica objeto del expediente, deberá ventilarse a través del procedimiento que se propone iniciar, plasmándose en su caso en la correspondiente memoria justificativa–, *a priori* no cabe descartar sin más esa vinculación entre la actividad económica urbanística y las competencias de la provincia, sino que más bien cabe presumir su existencia.

Pero –y por si esta habilitación genérica para el ejercicio de actividades económicas contenida en el artículo 86 de la Ley de bases del régimen local, en directo desarrollo del artículo 128.2 de la Constitución, no se considerase suficiente– la legislación urbanística –para las actividades económicas de esta naturaleza– contiene una habilitación específica, dirigida igualmente a las entidades locales. En concreto, el artículo 229.1 de la Ley de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia establece que “las entidades locales y los consorcios a que se refiere el artículo anterior” (el artículo 228.3, que contempla la posibilidad de consorcios

urbanísticos, en los que expresamente se admite la participación de las diputaciones provinciales) “podrán constituir sociedades mercantiles de capital íntegramente público o mixtas, exigiéndose en este último caso que el capital público represente como mínimo el 51%”; y añade el artículo 229, en su apartado 2, que “estas sociedades podrán tener por objeto el estudio, la promoción, la gestión o la ejecución de cualquier tipo de actividad urbanística, siempre que no implique ejercicio de autoridad”. Obsérvese que el artículo 229 regula la constitución de sociedades mercantiles de capital público para ejercer precisamente las mismas actividades que se contemplan en la propuesta de acuerdo contenida en el dictamen de la Comisión Informativa de 19 de septiembre; y obsérvese igualmente que la habilitación para constituir este tipo de sociedades se extiende a “las entidades locales”, sin establecer ningún tipo de discriminación al respecto,<sup>1</sup> y, por ende, a las diputaciones provinciales. Esta norma es también un refrendo de la validez de la distinción doctrinal defendida en este informe: la norma, en efecto, regula el ejercicio de actividades económicas (genéricamente admitido para las entidades locales a través de sociedades urbanísticas en el artículo 229) de modo separado y distinto de la regulación de las competencias urbanísticas de las diferentes Administraciones locales (contenida en los artículos 228 –competencias de los municipios– y 231 –competencias de las provincias–), lo que no hace sino ratificar la conclusión de que nos hallamos ante actividades de la Administración Pública de diferente naturaleza y sujetas a un distinto régimen. Esta diferente naturaleza se trasluce además en el inciso último del artículo 229.2 de la LOUG, que claramente excluye del objeto de las sociedades urbanísticas cualquier actividad que implique “ejercicio de autoridad”, es decir, lo que en este informe hemos identificado como acción administrativa en sentido estricto, por contraposición a la actividad económica que constituye su objeto natural.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la normativa urbanística estatal siempre reconoció en toda su amplitud el derecho de las entidades locales a ejercer este tipo

de actividades económicas de naturaleza urbanística. Este dato es igualmente importante, por cuanto esta normativa se encuentra vigente en tanto no se oponga o contradiga a la actual Ley de ordenación urbanística de Galicia. Así, tanto el Real decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre constitución de sociedades urbanísticas por el Estado, organismos autónomos y corporaciones locales (en su artículo 1.1), como el Real decreto ley de 14 de marzo de 1980, sobre medidas de agilización de las actuaciones urbanísticas, reconocían en toda su amplitud este derecho al ejercicio de actividades urbanísticas de ejecución del planeamiento (distintas de las funciones administrativas de planificación, gestión y disciplina urbanística, que constituyen acción administrativa en el sentido estricto de la palabra); más aún: la legitimación que se concedía para ello era de tal intensidad que incluso se eximía de la tramitación del expediente para la acreditación de la oportunidad y conveniencia del ejercicio de dichas actividades (así lo establecía el artículo 6 del Real decreto ley de 14 de marzo de 1980; este último aspecto, no obstante, debe considerarse, a mi juicio, derogado, por contraposición con el posterior artículo 86 de la Ley de bases del régimen local). En todo caso, ello ilustra suficientemente la existencia de una habilitación legal en nuestro ordenamiento para el ejercicio de actividades económicas de naturaleza urbanística por parte de las entidades locales (diputaciones provinciales incluidas), al margen de las atribuciones competenciales de cada una de ellas.

Por lo demás, y con respecto al contenido del dictamen de la Comisión Informativa de 19 de septiembre, hay que recordar que su objeto es la adopción de un acuerdo para iniciar el expediente de acreditación de la oportunidad y conveniencia del ejercicio, por parte de la Diputación, de las actividades económicas de naturaleza urbanística, es decir: no se está proponiendo la adopción de un acuerdo decidiendo si se ejercen o no esas actividades, sino la adopción de un simple acto de trámite para iniciar el procedimiento de elaboración de una memoria sobre este particular, a cargo de una Comisión especial de estudio. En este sentido,

---

1. No está de más añadir que lo que sí sería cuando menos dudoso, desde el punto de vista constitucional, es la posibilidad de que una Ley autonómica pudiese recortar o negar el derecho al ejercicio de actividades económicas de las entidades locales, reconocido en el artículo 86 de la Ley básica estatal: difícilmente cabe admitir que el Parlamento de Galicia pueda recortar el ámbito de autonomía provincial implícitamente reconocido por la Ley de bases a las provincias, al atribuirles esa genérica capacidad jurídica para ejercer actividades económicas; a lo sumo, podría establecer condiciones, requisitos o modalidades para el ejercicio de ese derecho, pero nunca negarlo o suprimirlo, pues ello supondría, lisa y llanamente, infringir la Ley básica del Estado.

la propuesta se ajusta perfectamente al artículo 309 de la Ley de Administración local de Galicia (norma que complementa a la básica del artículo 86 LBRL) y a las normas reglamentarias de desarrollo (contenidas hoy en el todavía vigente –en cuanto no se oponga a normas posteriores– Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955); y, como es lógico, esa memoria deberá abarcar, entre sus contenidos, la justificación legal de la medida, en el caso de que se adopte.

En suma: de lo expuesto en este apartado se concluye, pues, que no solo no existen razones para considerar ilegal la iniciativa dictaminada por la Comisión Informativa en la sesión ordinaria celebrada el pasado 19 de septiembre, sino que, por el contrario, dicha iniciativa posee un sólido fundamento constitucional (en el artículo 128.2 de la Constitución) y legal (artículos 86 de la Ley de bases del régimen local, 309 de la Ley de Administración local de Galicia, y 229 de la Ley de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia).

## **2.ª) Posibilidad de que el ejercicio de dichas actividades económicas pueda constituir un supuesto de competencia desleal con las empresas del sector privado de la construcción**

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones planteadas por la Presidencia (la posibilidad de que el ejercicio de dichas actividades económicas pueda constituir un supuesto de competencia desleal con las empresas del sector privado de la construcción), lo cierto es que ni la Ley de defensa de la competencia prohíbe en ningún momento el ejercicio de actividades económicas a las Administraciones Públicas, ni la legislación de competencia desleal tipifica dicho ejercicio como acto desleal. Mal podría ser así, pues difícilmente algo que, como hemos visto, está reconocido en la Constitución y en la Ley de bases del régimen local, puede constituir una ilegalidad.

A este respecto, hay que recordar que –en tanto que actividad económica, y no función pública administrativa– dicha actividad, de llevarse a cabo, deberá realizarse con plena sujeción a las normas de disciplina de mercado, incluyendo, claro está, las normas de defensa de la competencia, a las que la Diputación (o, en su caso, el ente instrumental que se cree para ello) estará sujeta, en pie de igualdad con el resto de operadores económicos.

De otra parte, hay que advertir que en ningún caso el dictamen habla de la posibilidad de crear una empresa pública constructora: se habla en todo caso de actividades de promoción inmobiliaria y urbanística (no de construcción en sentido estricto), por lo que, desde esta perspectiva, no parecen existir riesgos para el concreto sector de la construcción, al no ser una actividad comprendida en la propuesta de acuerdo.

En todo caso, no cabe duda de que uno de los aspectos que se deben tener en cuenta por la Comisión de estudio ha de ser el de la posible incidencia del ejercicio de esta actividad en el mercado de bienes y servicios al que afecta; y que este aspecto debe ser objeto de consideración en la memoria justificativa del ejercicio de la actividad. Sin que, en el momento actual, quepa formular otras observaciones al respecto, dada la actual (y normal) indefinición en cuanto al modo de ejercerse la actividad, por cuanto el expediente ni siquiera se ha iniciado a fecha de hoy.

## **3. Conclusiones**

De lo anterior, cabe extraer las siguientes:

1.ª) Que la iniciación de un expediente para acreditar la oportunidad y conveniencia de que por parte de la Diputación Provincial de Ourense se ejerzan las actividades económicas de estudio, promoción y ejecución de actividades urbanísticas, no solo no es ilegal, sino que tiene su fundamento en el artículo 128.2 de la Constitución, así como en los artículos 86 de la Ley de bases del régimen local y 229 de la Ley de ordenación urbanística de Galicia.

2ª) Que, en su caso, el ejercicio de dichas actividades económicas ha de sujetarse a las normas de disciplina de mercado vigentes; sin que su promoción por parte de una Administración Pública implique, por sí sola, la producción de un supuesto de competencia desleal. ■

# Informe con respecto al diseño básico de un servicio de asistencia a los municipios para la medición e inspección en materia de contaminación acústica

Manuel Marvizón de la Fuente

Letrado adjunto del Servicio Jurídico Provincial de la Diputación de Sevilla

**Expediente:** 8460/10-MM.

**Fecha:** 10 de enero de 2011.

Examinada la solicitud de informe formulada por el subdirector de Área de Sostenibilidad y Ciclo Hidráulico, en relación con el diseño básico de un servicio de medición y valoración de ruidos y vibraciones para la asistencia técnica a los municipios de la provincia que lo soliciten, esta Asesoría Jurídica emite el siguiente informe sobre las siguientes cuestiones planteadas en torno a los límites de la asistencia que puede proporcionar Diputación:

- ¿Es extensible el ejercicio de las funciones de inspección descrito en el artículo 48 del Reglamento a la tramitación y resolución del procedimiento de calificación ambiental?
- ¿Es posible, cómo y cuáles requisitos, que un funcionario de la Diputación sea habilitado para ejercer las funciones de inspección en uno, varios o todos los municipios de la provincia?
- ¿Qué otros empleados públicos de la Diputación podrían habilitarse para ejercer funciones subordinadas a la inspección?
- ¿Qué otros empleados públicos de la Diputación podrían habilitarse para ejercer funciones subordinadas a la inspección, previa determinación de la competencia o/y atribución requerida?
- ¿Cuáles mecanismos de colaboración o asistencia se podrían implementar para la participación de la Diputación en los ensayos acústicos que competen a los ayuntamientos o entes locales?

## 1. Consideraciones jurídicas

### Primera. Normativa de aplicación sobre contaminación acústica

La contaminación acústica es una materia que fue regulada por la Comunidad Autónoma de Andalucía en la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de protección ambiental, y desarrollada por el Decreto 326/2003, de 25 de no-

viembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica en Andalucía.

Posteriormente, la Ley 7/2007, de 9 julio, de gestión integrada de la calidad ambiental de Andalucía (GICA) derogó la anterior Ley, regulando dicha materia en los artículos 67 y ss., aunque se mantiene la vigencia del Reglamento en cuanto no se oponga a la nueva norma. El artículo 69 de la GICA dispone que corresponde a la Consejería competente en materia de medio ambiente la vigilancia, control y disciplina de la contaminación acústica en relación con las actuaciones, públicas o privadas, sometidas a autorización ambiental integrada y autorización ambiental unificada incluidas en el anexo I de esta Ley. Asimismo, establece la competencia de la Administración local para la aprobación de ordenanzas municipales de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones, así como la vigilancia, control y disciplina de la contaminación acústica en relación con las demás actuaciones, públicas o privadas.

### Segunda. Actuación subsidiaria o a petición de los ayuntamientos de la Consejería de Medio Ambiente

El artículo 48.3 del citado Reglamento prevé la actuación subsidiaria de la Consejería en funciones de inspección de contaminación acústica, ante posibles inactividades de los ayuntamientos (si en el plazo de 15 días no han procedido a desplazar equipos de vigilancia y medición), o también a petición de los mismos en caso de que no dispongan de personal acreditado o de medios suficientes para la realización de las inspecciones medioambientales oportunas.

Además de la anterior actuación en la inspección y comprobación técnica, el artículo 59 prevé también la actuación subsidiaria de las delegaciones provinciales de la Consejería de Medio Ambiente en la incoación, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores relativos a la contaminación acústica, cuya competencia corresponde a los municipios, en el supuesto de falta de actuación de estos ante la denun-

cia presentada ante ellos o la Junta de Andalucía, y transcurrido un mes desde que hubiesen sido instados a actuar por parte del organismo autonómico.

Esta actuación subsidiaria es predicable respecto a funciones de inspección ante denuncias presentadas, no siendo extensible a la resolución de otros procedimientos, como el de calificación ambiental, al no estar previsto en la norma.

### **Tercera. Personal inspector y técnicos acreditados en contaminación acústica**

El artículo 48.1 del Reglamento establece que las funciones de inspección medioambiental relativas al objeto de este Reglamento se ejecutarán por el personal funcionario de las Administraciones Públicas competentes, que podrá contar con la colaboración de una ECA o de personal técnico acreditado para la realización de las actuaciones técnicas a que haya lugar.

Es preciso diferenciar los técnicos acreditados en materia de contaminación acústica mencionados en los artículos 38.2, 41.7 y 47 del Reglamento, de los mecanismos de habilitación del personal funcionario inspector. Los primeros ejercen una función meramente instrumental de carácter técnico de medición de la contaminación acústica, y, por tanto, su relación no debe ser necesariamente funcional; sin embargo, los segundos han de ser funcionarios, por ejercer la potestad administrativa de inspección, según se desprende del artículo 2 de la Orden de 29 de junio de 2004, que regula los técnicos acreditados y la actuación subsidiaria de la Consejería de Medio Ambiente en materia de contaminación acústica, cuando establece que los técnicos acreditados deberán ser acompañados por personal funcionario cuando colaboren en tareas de inspección. Asimismo, el artículo 130.1 de la GICA dispone que, en el ejercicio de funciones de inspección, "tendrán la consideración de agentes de la autoridad todas aquellas personas que realicen las tareas de vigilancia, inspección y control que tengan una relación estatutaria con la Administración de la Junta de Andalucía u otras Administraciones.

La CE ha optado por un régimen de empleo público de carácter funcional (artículos 103.3 y 149.1.18.<sup>a</sup> CE); así, el artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, reserva una serie de funciones exclusivamente al personal funcionario, cuando determina que el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salva-

guardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos. Por tanto, de conformidad con el artículo 11.2 se determinará, por excepción, qué puestos pueden ser desempeñados por personal laboral, a través de los criterios que las leyes de función pública dicten en desarrollo del EBEP.

A mayor abundamiento, el artículo 169.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado mediante el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece que "Corresponde a los funcionarios de la Escala de Administración General el desempeño de funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa. En consecuencia, los puestos de trabajo predominantemente burocráticos habrán de ser desempeñados por funcionarios técnicos, de gestión, administrativos o auxiliares de Administración General". Asimismo, el artículo 170.1 dicta que "Tendrán la consideración de funcionarios de Administración Especial los que tengan atribuido el desempeño de las funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio".

En consecuencia, si se pretende organizar un servicio estable de asistencia a los municipios para la medición e inspección en materia de contaminación acústica, habrá que tener en cuenta el criterio general de desarrollo de las funciones públicas por personal funcionario, y valorar económicamente las opciones de que fuera un funcionario, con un perfil técnico capaz de desarrollar las mediciones, quien ejerciera dichas funciones, o por el contrario de que se optara por realizar una contratación laboral o administrativa de servicios para las mediciones puntuales, que debe ser acompañada por un funcionario que diera cobertura al ejercicio de potestades administrativas.

### **Cuarta. Asistencia de las diputaciones provinciales a los municipios**

La Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía Local de Andalucía, potencia la asistencia de la provincia a los municipios, incluyendo supuestos de obligada prestación. Así, entre otros preceptos, en el artículo 14, dedicado a la asistencia material, se determina que la provincia prestará los servicios básicos municipales en caso de incapacidad o insuficiencia de un municipio, cuando este así lo solicite, correspondiendo a la provincia la determinación de la forma de gestión del servicio y las potestades inherentes a su ejercicio. Asimismo, en

su apartado 2.b) establece que en la forma y casos en que lo determine una norma provincial, prestará obligatoriamente, a petición del municipio, el servicio de disciplina urbanística y ambiental.

Por otra parte, el artículo 13 de la Orden de 29 de junio de 2004, que regula los técnicos acreditados y la actuación subsidiaria de la Consejería de Medio Ambiente en materia de contaminación acústica, reconoce la posibilidad de que los ayuntamientos reciban asistencia jurídica y técnica por parte de entidades supramunicipales, incluidas las diputaciones provinciales.

Por tanto, entendemos que sería posible tanto la asistencia de medición técnica e inspección como la de incoación, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores, y, por extensión, de los procedimientos de calificación ambiental, por cuanto el artículo 10 de la Ley 5/2010 establece que los municipios podrán “delegar o encomendar el ejercicio de competencias y utilizar cuantas formas de gestión directa o indirecta de servicios permitan las leyes, sin que en ningún caso se vean afectadas ni la titularidad de las competencias ni las garantías de los ciudadanos”. Por tanto, existe la posibilidad general de delegación de competencias de los ayuntamientos a las diputaciones provinciales. Asimismo, el artículo 3.2 del Reglamento de calificación ambiental de Andalucía (Decreto 297/1995, de 19 de diciembre) prevé expresamente la asistencia material de las diputaciones provinciales, cuando los municipios carezcan de los medios técnicos o de personal necesarios para el ejercicio adecuado de esta competencia.

Respecto a la forma de articular esta asistencia, consideramos que el instrumento más adecuado para formalizarla es el convenio de colaboración, conforme se indica en el artículo 83 de la citada Ley, sin perjuicio de la adopción de los acuerdos pertinentes en las Administraciones intervinientes. Este convenio podría contemplar un abanico de posibilidades según las necesidades del Ayuntamiento firmante, que podrían abarcar desde la encomienda de gestión de tareas técnicas hasta la delegación de las competencias de tramitación y resolución.

## 2. Conclusiones

Por todo lo expuesto, debemos concluir que, sin perjuicio de la actuación subsidiaria de la Consejería de Medio Ambiente prevista en la normativa de contaminación

acústica, es posible articular un servicio provincial de asistencia a municipios en materia de disciplina ambiental, así como en procedimientos de calificación ambiental, que deberán preverse en normas provinciales y formalizarse en convenios de colaboración interadministrativa. Asimismo, el personal encargado de la asistencia deberá tener la condición de funcionario cuando participe directa o indirectamente en el ejercicio de potestades públicas. ■

# Informe con respecto a la obligatoriedad de que el arquitecto municipal del Ayuntamiento de La Campana sea funcionario

Margarita Baleriola Salvo

Técnico de asesoramiento a municipios de la Diputación de Sevilla

**Expediente:** 2344/11-MB.

**Asunto:** Obligatoriedad de que el arquitecto municipal sea funcionario.

En atención a la petición del Ayuntamiento de La Campana, recibida el pasado 24 de enero de 2011, se emite el informe sobre si el arquitecto municipal tendría que ser funcionario y las consecuencias, en su caso, de no serlo, a la vista del artículo 193.1.b) de la Ley 7/2002 (LOUA) y del artículo 63 del Reglamento de disciplina urbanística de Andalucía, Decreto 60/2010, de 16 de marzo.

**Legislación:** Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (EBEP), y Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**Fecha:** 16 de febrero de 2011.

## 1. Antecedentes

Según consta en el escrito de petición, el Ayuntamiento cuenta con un arquitecto técnico –laboral– y un arquitecto que durante muchos años ha estado con uno o sucesivos contratos de servicios en cuya virtud ha venido facturando mensualmente, contrato sin soporte documental desde que concluyó el contrato de 2005.

Sus funciones son informar las licencias de obra mayor, de segregación, etc., los proyectos de actuación en suelo no urbanizable y las propuestas de adjudicatario en los procesos de licitación.

## 2. Consideraciones jurídicas

### Primera

En cuanto al carácter de la contratación del citado arquitecto, se considera, conforme a jurisprudencia consolidada, que la naturaleza de la prestación de servicios realizada por el arquitecto es materialmente laboral, ya

que presenta las notas típicas de ajenidad y dependencia, y tiene carácter retribuido. No se desvirtúa por el hecho de que inicialmente se formalizara mediante contrato administrativo, que sí permite su exclusión en virtud del artículo 1.3 a) del Estatuto de los trabajadores. Porque además lo que existe es una actividad profesional continua en sí misma bajo la dirección y control de los órganos competentes del Ayuntamiento, esto es, no es ninguna obra o resultado determinado y concreto que pueda objetivarse.

Ya la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modificó la Ley de contratos de 1995, suprimió la posibilidad de celebración de contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, que antes figuraba como una posibilidad de contratación administrativa, supresión mantenida en el texto refundido vigente de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Por ende, tampoco existe desde 2005 formalización de las licitaciones que justifiquen dicho carácter, sin que la relación profesional se haya interrumpido por ello.

En consecuencia, al tratarse de una contratación laboral en fraude de ley, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, dicha relación laboral puede reputarse como “indefinida”, que no fija de plantilla, estando obligado el Ayuntamiento a la cobertura reglamentaria de dicha plaza, que habrá de someterse a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad del acceso al empleo público.

### Segunda

Con carácter general, independientemente del análisis que desarrollamos en la consideración tercera sobre el carácter de “agente de la autoridad” en relación con las funciones inspectoras asumidas como arquitecto municipal, señalamos que el artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, establece:

“2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.”

Con carácter general, señalamos que un arquitecto municipal desarrolla en primer lugar funciones instrumentales de carácter técnico, como redactar, en su caso ejecutar, y proponer a la aprobación de las autoridades competentes cualquier clase de documentos, instrumentos de planeamiento o proyectos de índole urbanística, por lo que entendemos que participa en el ejercicio de una potestad pública como es el urbanismo en defensa de los intereses generales, por lo que dicho puesto debería estar desempeñado por funcionario de carrera.

También debemos tener en cuenta lo regulado por el artículo 15.1.c de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública (en tanto no se desarrollen por las leyes autonómicas los criterios de determinación de los puestos que pueden ser desempeñados por personal laboral, según los artículos 11.2, 2.2, 3 y 7 del EBEP), vigente conforme a la Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto básico del empleado público (publicada en el BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007), instrucción 5.ª, artículo aplicable a las entidades locales (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, sección 7.ª, de 19 de mayo de 2008), que determina las funciones que puede desempeñar el personal laboral, concluyendo, con carácter general, que los puestos de trabajo de la Administración ... serán desempeñados por funcionarios públicos, salvo excepciones.

### Tercera

El artículo 87 LOUA atribuye a las Administraciones Públicas, en sus respectivas esferas de competencia, la dirección, inspección y control de la actividad privada de ejecución urbanística para exigir y asegurar que esta se produzca de conformidad con los instrumentos de planeamiento, los demás instrumentos y acuerdos adoptados para su ejecución, así como, en su caso, los correspondientes proyectos técnicos de obras.

Es en este segundo plano de funciones o tareas en el que un arquitecto municipal puede también asumir la inspección para la protección de la ordenación urbanística, que además se configura como una potestad dirigida a comprobar que los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, instalación y uso del suelo y del subsuelo (artículo 179.1 LOUA) se ajustan a la legalidad y el planeamiento urbanístico.

Las funciones inspectoras se encomiendan a los inspectores, que tendrán, a todos los efectos, la condición de agentes de la autoridad (artículo 179.3 LOUA).

Dicho lo anterior, no se desconoce la existencia de una única sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 5 de diciembre de 2007, sobre la condición de funcionario público para la intervención en el procedimiento de protección de legalidad urbanística:

“Efectivamente la Ley 7/2002, es exigente con la mencionada condición respecto del procedimiento sancionador, pues así se desprende del art. 195.2. Por lo que se refiere al procedimiento de protección de legalidad urbanística la normativa remite la labor a funciones de inspección y les otorga el carácter de agentes de la autoridad, pero de ello no puede concluirse como hace la parte apelante, que necesariamente ostenten la condición de funcionarios de carrera. El art. 92.2 de la Ley 7/1985, no puede entenderse infringido, ni el art. 132 del RDLeg. 781/1986, pues como indica la sentencia apelada las funciones que implican ejercicio de autoridad la desempeña la Comisión Ejecutiva, en tanto que las personas que desempeñaron las funciones inspectoras que dieron lugar al procedimiento, actuaban en calidad no de Autoridad sino de agentes de la Autoridad, que como tal asumió la responsabilidad de dictar el acuerdo de iniciación del procedimiento e instó en los términos de legalización, por lo que no es procedente la alegación.”

No obstante, se plantean sobre esta sentencia las siguientes salvedades: 1.ª) Por su fecha, en el recurso no se tuvo en cuenta la reciente entrada en vigor del EBEP, en concreto del citado artículo 9.2, que exige que el ejercicio de potestades públicas sea llevado a efecto exclusivamente por funcionarios públicos. 2.ª) Con posterioridad a dicha fecha, en 2010, se desarrolla el Reglamento de disciplina urbanística de Andalucía, de cuyo artículo 65 se deduce que las

unidades administrativas dedicadas al ejercicio de funciones de inspección, en las que recae además la labor de instrucción de los expedientes sancionadores, corresponden a funcionarios que presten servicio en dicha Unidad.

#### **Cuarta**

Finalmente, reiteramos la necesidad/obligación de que sean funcionarios los instructores de los procedimientos sancionadores (artículo 195.2 LOUA), ya que, como dice el citado artículo 65, "en todo caso corresponderá a funcionarios que ocupen puestos de trabajo en las unidades administrativas dedicadas al ejercicio de las funciones de inspección en virtud de los principios de autoorganización y autonomía local, de conformidad con lo regulado en el artículo 179 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre."

Por tanto, si la instrucción se encomienda al arquitecto municipal (superior o técnico), lo que prácticamente será ineludible dada su especialidad en relación con la materia objeto de las infracciones urbanísticas, este deberá ser funcionario público.

#### **Quinta**

Por último, partiendo de que por el Ayuntamiento se debe regularizar la situación "laboral" del arquitecto "contratado" que realiza las funciones de arquitecto municipal, conforme a lo expuesto anteriormente, se derivarían responsabilidades en el caso de que dicho arquitecto superior o el arquitecto técnico asumieran funciones instructoras de expedientes sancionadores por no ser funcionarios. Este requisito se establece en garantía del presunto responsable de la infracción urbanística, en base al carácter objetivo e imparcial del funcionario que instruye el expediente. Dicha inobservancia incurriría en infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63 Ley 30/1992), resultando de aplicación el régimen general de recursos administrativos, y la anulación de la sanción si se estimara, si bien con la consideración de que los actos de instrucción son actos de trámite, y por ende cabe recurso según el artículo 107 Ley 30/1992, por entender que dicho nombramiento produce indefensión. ■

---

## Noticias bibliográficas

Antonio Descalzo González  
*Profesor titular de Derecho Administrativo  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

### ***Las competencias educativas de los entes locales en España (Análisis histórico, sistemático y comparado)***

**José Antonio TARDÍO PATO**  
Iustel, Madrid, 2010

La presente obra de José Antonio Tardío Pato, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Miguel Hernández de Elche, tiene por objeto preciso analizar el actual sistema de competencias de los entes locales en materia educativa conforme resulta, principalmente, de la Ley reguladora de las bases de régimen local de 1985 y de la Ley orgánica del derecho a la educación de 2006.

A tal efecto, el trabajo se centra en el estudio detallado de la tarea pública de colaboración que corresponde cumplir a las entidades locales con otras Administraciones Públicas en el entero ciclo de actividad educativa. Colaboración que comprende desde la planificación de la política educativa hasta, por ejemplo, el suministro de solares para los centros educativos. De esta forma, y de manera excelente, el autor realiza un análisis detallado de los perfiles de la regla de la colaboración que informa las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas y que, normalmente, resulta de muy difícil concreción en la práctica.

Para una mejor comprensión del tema objeto de estudio el libro aborda también, en su parte inicial, el complejo devenir de las competencias que desde muy antiguo han desempeñado los entes locales en la actividad estudiada, e, igualmente, realiza un examen pormenorizado de los modelos establecidos al respecto en Francia, Italia, Alemania y Reino Unido. Comparación realmente útil, toda vez que de la misma resulta la comprobación de una gran similitud de la regulación de las competencias en los países examinados, salvo, quizás, Reino Unido.

Así pues, y gracias al esfuerzo desplegado por uno de nuestros mejores especialistas en Derecho de la educación, el resultado final de la obra permite obtener

al lector interesado un muy profundo conocimiento de las competencias atribuidas al escalón local en el complejo sistema que constituye hoy nuestra política educativa. Buena prueba de esto anterior es que el trabajo recibió el Premio Albi de la Diputación Provincial de Alicante en su convocatoria del año 2009, fallado el día 19 de abril de 2010.

### ***Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales, prólogo de José Luis Carro Fernández-Valmayor***

**Diana SANTIAGO IGLESIAS**  
Iustel, Madrid, 2010

Sobre la base bien conocida de la potestad pública de las corporaciones municipales de crear y determinar los elementos organizativos más pertinentes para la mejor resolución de los problemas de la comunidad vecinal, el excelente trabajo de la doctora Santiago Iglesias se adentra en los perfiles peculiares de la fórmula organizativa de la denominada sociedad de economía mixta.

Ciertamente, y como pone de relieve la autora, este tipo de entidades mercantiles participadas por la Administración Pública local es ya una pieza tradicional en el panorama jurídico español, toda vez que la previsión contenida en el artículo 85 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, en la redacción dada a dicho precepto primero por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local, y luego por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, no hace otra cosa que mantener, en lo fundamental, el catálogo de formas de gestión establecido en su día por el todavía vigente Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955. Como se recordará, la teoría organizativa de las fórmulas de gestión proclamada en este segundo texto normativo reposa en la distinción fundamental de dos grandes bloques

denominados, respectivamente, de gestión directa e indirecta.

La obra referenciada, fruto de la investigación doctoral de la autora, y que mereció en su día la máxima calificación, aborda no solo, como digo, la naturaleza y el complejo régimen jurídico de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales, sino que, igualmente, ofrece un muy detallado catálogo de soluciones a los problemas que se plantean tanto en las relaciones *ad intra* como en las relaciones *ad extra* que tales sociedades desarrollan en cumplimiento del servicio encomendado.

Asimismo, el libro contiene un riguroso estudio sobre las reglas que disciplinan la modificación y extinción de las sociedades objeto de análisis.

***El Gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña***  
**Alberto RUIZ OJEDA (coordinador)**  
 Iustel, Madrid, 2010

Conforme indica el profesor Santiago Muñoz Machado en el *In Memoriam* con el que se abre este libro colectivo, el profesor Luis Morell Ocaña ha sido un reconocido experto en el régimen local español. Sus estudios sobre la defensa de la autonomía local hicieron de él un cualificado científico para ofrecer ideas y soluciones con las que dar respuesta a los problemas que desde muy antiguo ha tenido nuestro régimen local.

Este libro, que rinde justo homenaje al profesor Morell Ocaña, tiene así, muy precisamente, al Gobierno local como punto de referencia de las contribuciones elaboradas al efecto por un muy amplio conjunto de grandes expertos de nuestro Derecho. A lo largo de la obra colectiva se abordan entonces los aspectos centrales del régimen local: las claves de la identidad local, la organización del Gobierno local, su engarce en el contexto territorial definido por la Constitución y los estatutos de autonomía, el empleo y la función pública locales, así como los modos de gestión y la financiación de obras y servicios.

Con este libro homenaje se cumple, pues, un muy merecido tributo que permite, al mismo tiempo, promover la continuidad de una labor de estudio e investigación en la que el homenajeado destacó sobremedida.

***La potestad reglamentaria de las entidades locales (Consideración especial de las Ordenanzas y Reglamentos municipales)***

**Antonio EMBID IRUJO**  
 Iustel, Madrid, 2010

Una vez más, el profesor Antonio Embid Irujo nos ofrece una excelente monografía donde estudia con gran detalle y profundidad figuras o instituciones de nuestro Derecho público. En este caso se trata, además, de una materia especialmente querida para el autor, toda vez que fue en su momento el tema al que dedicó su tesis doctoral y del que, desde entonces, es un muy cualificado maestro.

En esta ocasión, y como dice el propio autor en el preámbulo, dentro de la potestad reglamentaria local el libro se quiere detener en su contenido más rico por fuerza: las Ordenanzas y Reglamentos municipales, donde se destacan, en particular, las Ordenanzas fiscales.

De esta manera, y de la mano de un análisis siempre detallado de la bibliografía y jurisprudencia más relevante, la obra se adentra en los sectores actualmente centrales en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, como son, desde luego, y entre otros examinados, el trabajo, la salud, el medio ambiente, las antenas de telefonía móvil, así como también los nuevos retos que los entes locales deben afrontar para la mejor convivencia ciudadana en los espacios públicos. ■

[www.gobiernolocal.org](http://www.gobiernolocal.org)

