

Junio de 2011

26

Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

QDL



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

26 Junio de 2011
**Cuadernos
de Derecho Local**



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Consejo Científico

Manuel Aragón Reyes
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Javier Barnés Vázquez
Miguel Beltrán de Felipe
Eduardo Calvo Rojas
Teresa Carballeira Rivera
José Luis Carro-Fernández Valmayor
Carmen Chinchilla Marín
Diego Córdoba Castroverde
Javier Delgado Barrio
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor
Rafael Fernández Montalvo
Tomàs Font Llovet
Eduardo García de Enterría
Pablo García Manzano
Rafael Gómez Ferrer
Jesús Leguina Villa
Joan Mauri Majós
Josep Mir Bagó
María Jesús Montoro Chiner
Alejandro Nieto García
Luis Ortega Álvarez
Luciano Parejo Alfonso
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Francisco Rubio Llorente
Joaquín Tornos Mas
Francisco Velasco Caballero
Juan Antonio Xiol Ríos

Director

Luciano Parejo Alfonso

Secretario

Antonio Descalzo González

Consejo de Redacción

Presidente: Rafael Jiménez Asensio

Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu
Segundo Menéndez Pérez
Francisco Cacharro Gosende
José Miguel Carbonero Gallardo
Jesús Colás Tenas
Domènec Sibina Tomàs

Coordinadora

Petra Mahillo García

Edición

© Fundación Privada Democracia y Gobierno Local
Rambla Catalunya, 126
08008 Barcelona

General Castaños, 4, 2º dcha.
28004 Madrid

Producción

Sinodal Artes Gráficas, S.L.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

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

Estudios

- 7 Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas
Miguel Ángel Bernal Blay
- 27 La nueva redacción del artículo 205.1 de la Ley orgánica del régimen electoral general: una reforma inconstitucional
Francisco Cacharro Gosende
- 55 Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública
Joan Mauri Majós

Ponencias, crónicas y notas

- 89 Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio
Daniel de Alfonso Laso
- 102 ¿Es necesario modificar el mapa territorial municipal? La solución: áreas básicas administrativas
Isidre Lluçà i Sabarich
- 120 La ejecución de sentencias en materia de función pública
Francisco José Sospedra Navas

Jurisprudencia

- 137 Los entes locales ante el Tribunal Supremo
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
- 156 Crónica de jurisprudencia (de 1 de enero a 30 de junio de 2011)
Antonio Descalzo González

Documentos e informes jurídicos

- 179 Política municipal. Guía para la mejora de la calidad institucional y la eficiencia de los Gobiernos locales. Capítulo 1
- 193 Informe con respecto a la nueva regulación de las licencias locales de actividad
Cayetano Prieto Romero y Marta Gómez Alonso

208 Informe con respecto a la tasa municipal por aprovechamiento del dominio público impuesta a los operadores de telefonía móvil
Patricia Ares Falcó, Reyes Escudero Villafáfila y Dolores Hernández Herrera

Noticias bibliográficas

215 Noticias bibliográficas
Antonio Descalzo González

26_{QDL}

Estudios



Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas¹

Miguel Ángel Bernal Blay

Profesor ayudante doctor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

- 1. La necesidad de un sistema de recursos especial, rápido y eficaz en materia de contratos públicos**
- 2. La independencia del órgano encargado de resolver el recurso como garantía de su eficacia**
 - 2.1. El mandato de eficacia del recurso contenido en la Directiva 89/665/CEE: configuración y requisitos de los órganos competentes para conocer de los recursos
 - 2.2. Las diferentes opciones de articular la independencia del órgano encargado de la resolución del recurso y la solución finalmente acogida en la LCSP
- 3. Los órganos responsables de la resolución de los recursos en materia de contratos públicos**
 - 3.1. Antecedentes próximos
 - 3.2. Crónica de órganos de recurso creados
- 4. Características de los órganos autonómicos creados para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública**
 - 4.1. Naturaleza unipersonal o colegiada del órgano encargado de resolver los recursos
 - 4.2. Competencia temporal
 - 4.3. Competencia subjetiva o institucional
 - 4.4. Composición de los órganos
 - 4.5. Cuota de representación de la Administración local
 - 4.6. Las garantías de independencia: dedicación exclusiva e inamovilidad
 - 4.7. Otras singularidades. Funcionamiento y apoyo técnico. En especial, la repercusión de los costes del servicio de tramitación y resolución de los recursos
- 5. Conclusiones y reflexión final**

Resumen

La necesidad de adaptar el sistema de recursos en materia de contratación pública previsto en la Ley 30/2007 de contratos del sector público al Derecho de la Unión Europea, ha llevado a afrontar la cuestión de la atribución de la competencia para su conocimiento y resolución. La solución adoptada ha sido la creación de un órgano administrativo "central", habilitando a las comunidades autónomas para la creación de sus propios órganos, que conocerán de los recursos contractuales planteados en sus respectivos ámbitos territoriales. Por el momento, tan solo tres comunidades autónomas han creado dichos órganos, aunque otras tienen proyectos o han autorizado su creación. El presente artículo da cuenta del modo en que se han configurado hasta el momento esos órganos, analizando cómo las características de los mismos garantizan su independencia para la resolución de los recursos en materia de contratación pública.

Palabras clave: *contratación pública; recurso especial en materia de contratación pública; órganos competentes para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública.*

1. El presente trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de investigación del MICINN sobre los "Nuevos escenarios de la contratación pública: urbanismo, contratación pública y cooperación intersubjetiva" (DER 2009-12116).

Abstract

The need to adapt the system of administrative appeals in the field of public contracts established in Act 30/2007 to European Union Law brings the question of the competence for its resolution. The solution adopted is the articulation of a “centralized” administrative body and, at the same time, allowing the Autonomous Communities to create their own bodies that will decide the appeals falling under the area of their competence. Until now, only three Autonomous Communities have created these bodies, but other ones have already presented several projects or have authorized their creation. This article describes how these bodies have been articulated: it analyzes how their design guarantees their independence in order to decide the appeals in the field of public contracts.

Keywords: public contracts; public contracts review procedures; administrative appeals bodies.

1. La necesidad de un sistema de recursos especial, rápido y eficaz en materia de contratos públicos

Entre las fuentes del Derecho europeo de los contratos públicos, las más conocidas son las directivas europeas que coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (2004/17/CE y 2004/18/CE, ambas de 31 de marzo de 2004, relativas a los contratos de los sectores especiales y a los de obras, servicios y suministros, respectivamente). No tan conocidas, sin embargo, pero no por ello menos importantes, son las del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, y 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, que tienen por objeto, respectivamente, la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros, obras y servicios, y de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. En realidad, las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE tienen por objeto garantizar la aplicación efectiva de las directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, por lo que bien puede afirmarse que constituyen la garantía de su eficacia.

Sin embargo, las prescripciones de las directivas “de recursos” han sido desconocidas en el ordenamiento español hasta hace bien poco, circunstancia que contrasta con la transposición –es cierto que incumpliendo los plazos establecidos para ello– de las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación.² En este sentido, debe recordarse aquí que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, aun cuando respondía a la necesidad de adecuación de nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario,³ no incorporaba de manera consciente el contenido de las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, justificando tal decisión –según indicaba la Exposición de Motivos– “porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la primera (Directiva), además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido”. Nada más lejos de la realidad, como pusiera de manifiesto el Tribunal de Justicia al condenar al Reino de España en su Sentencia de 3 de abril de 2008 (As. C-444/06), precisamente por entender incumplidas las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 89/665/CEE, “al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora no-

2. Recuérdese que las directivas 2004/18 y 2004/17 señalaban un plazo de transposición “a más tardar el 31 de enero de 2006”, y que la LCSP y LCSE no fueron promulgadas hasta el 30 de octubre de 2007, y no entraron en vigor hasta el 30 de abril de 2008.

3. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 supuso el cambio de denominación del “Derecho comunitario” por el “Derecho de la Unión Europea”. Se mantiene, sin embargo, la anterior denominación para referirnos a las normas aprobadas durante la etapa de existencia de la Comunidad.

tifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración”.

Quizás anticipándose a esa condena, la Exposición de Motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP) cambiaba su parecer con respecto a la necesidad de trasponer la Directiva 89/665/CEE, e introducía un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación (artículo 37). En paralelo, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE) regulaba un sistema de reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (artículos 101 y siguientes). Sin embargo, con posterioridad a la aprobación de ambas normas (recordemos, el 30 de octubre de 2007), fue aprobada otra Directiva, la 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que introducía modificaciones sustanciales en las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE.⁴ Entre otras razones,⁵ de la necesidad de incorporar al ordenamiento español los contenidos de esa nueva norma europea trae causa la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público,

31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.⁶

Dicha norma incorpora varias novedades con respecto al recurso especial en materia de contratación establecido en la LCSP.⁷ Primeramente, se enuncia su carácter potestativo frente al preclusivo característico del recurso en su versión originaria, atendiendo a la opinión reiterada del Consejo de Estado.⁸ Como ya hemos señalado en otro lugar,⁹ ese carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación supone *de facto* la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación. Tal circunstancia, parece que admisible desde el punto de vista europeo, no está exenta de dificultades prácticas, habida cuenta de las diferencias procesales existentes en el plano nacional en función de optar por la vía administrativa o la judicial. De esas diferencias procesales, la que con mayor claridad se advierte es el plazo para la interposición de los recursos, 15 días hábiles, computados de manera diferente en función del acto que se recurra (artículo 314.2 LCSP), para el caso

4. Sobre el contenido de dicha Directiva, *vid.* B. NOGUERA DE LA MUELA, “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en J. M. GIMENO FELIÚ (ed.), *El Derecho de los contratos públicos*, Monografía núm. X de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, especialmente p. 299-312.

5. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la Comisión Europea abrió procedimiento de infracción contra el Reino de España por incumplimiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 abril de 2008. Este procedimiento de infracción se encuentra en el origen de la reforma del régimen de recursos en materia de contratación pública.

6. En línea continuista, también la transposición de la Directiva 2007/66, de 11 de diciembre, por la que se modifican las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, sufrió de nuevo un considerable retraso, pues debiendo haberse incorporado sus prescripciones al ordenamiento interno “a más tardar el 20 de diciembre de 2009”, no fue sin embargo hasta el 9 de septiembre de 2010 (momento de entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto) cuando se cumplió el mandato europeo.

7. Sobre su contenido puede verse recientemente, J. M. GIMENO FELIÚ, *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Civitas, Colección Cuadernos de la Cátedra de Derecho Local de Aragón, 2011; J. A. MORENO MOLINA, *La reforma de la Ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010; I. GALLEGO CÓRCOLES, “Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto”, en F. CASTRO ABELLA (coord.), *Contratación del sector público local*, La Ley, 2.ª ed., Madrid, 2010; y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010.

8. En su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, el Consejo de Estado sugería suprimir o modificar (por ejemplo, sustituyendo la expresión “deberán” por “podrán”) aquellas expresiones del artículo 37.1 LCSP que configuraban este recurso como de obligada interposición para acceder a la vía contenciosa. En otras palabras, “debería configurarse este recurso especial en materia de contratación como un recurso potestativo”. En el posterior Dictamen 499/2010, de 29 de abril, reitera de nuevo su criterio, al constatar que el comienzo del apartado 1 del nuevo artículo 310 se expresa en los siguientes términos: “Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo los actos...”. La redacción proyectada apunta hacia la configuración del recurso especial como recurso potestativo. Esta es la solución que el Consejo de Estado considera más acertada, como ya subrayó en 2006, insistiendo en que debía, sin embargo, recogerse en el anteproyecto de forma clara y que no ofrezca lugar a dudas, indicando expresamente que dicho recurso tiene carácter potestativo.

9. “Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de contratos del sector público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007”, en el núm. 100 de la *Revista Contratación Administrativa Práctica*, p. 31-44.

del recurso especial en materia de contratación pública, o bien dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso (artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), para el caso de interponer el recurso contencioso-administrativo.

En segundo lugar, se aborda la determinación del momento a partir del cual comienza el cómputo del plazo de espera y del plazo para la interposición del recurso, y ligada a ello, una nueva regulación del contenido de las notificaciones que deben hacerse a los licitadores para comunicarles con suficiente detalle cuál es el resultado de la licitación y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido (nuevo apartado 4 del artículo 135). Se incorpora de esa manera la doctrina del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 28 de enero de 2010 (As. C-406/08, Uniplex):

“30 Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.

“31 El candidato o licitador afectado solo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato.

“32 De ello resulta que el objetivo de garantizar la existencia de recursos eficaces contra la infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos, señalado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, solo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones.”

Asimismo, para dar solución a la aparente contradicción que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, se acaba con una de las principales novedades incorporadas por la LCSP, el doble trámite de adjudicación, provisional y definitiva, refundiendo ambos trámites en uno solo y retrasando –en un gesto que fue calificado por el Consejo de Estado como “transformación de la naturaleza antiformalista de los contratos del sector público”– el momento de la perfección del contrato hasta la formalización del mismo.¹⁰

Sin embargo, a partir de ahora centraremos nuestra atención en otra de las cuestiones “pendientes de resolver” tras la aprobación de la Directiva 2007/66, cual es la relativa a la competencia para la resolución del recurso, ya que la antecitada Directiva exige que se atribuya “a un órgano independiente”. Recordemos que la redacción original del artículo 37 LCSP no cumplía con dicho requisito, al atribuir dicha competencia al mismo órgano de contratación que dictara el acto recurrido. La Directiva exige esa independencia del órgano encargado de resolver el recurso para garantizar

10. Tradicionalmente, y con arreglo al marco normativo vigente, está claro que la contratación administrativa es eminentemente formalista. De hecho, la Administración no puede contratar verbalmente (artículo 28 de la Ley), y el inicio de la ejecución del contrato depende, como regla general, de su formalización. Ahora bien, la forma escrita, aunque obligatoria, carecía de carácter constitutivo. El contrato se perfeccionaba con la adjudicación (definitiva, según la Ley 30/2007 en su versión original), no con la formalización, y desde ese mismo momento existía y obligaba como tal. El incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato no afectaba a la existencia ni a la validez del contrato; y de ahí que la falta de formalización del contrato por causas imputables al contratista determinase su resolución con incautación de la garantía. Se seguía, pues, la regla general de que los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento (artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil). Precisamente para preservar el principio antiformalista que hasta ahora ha inspirado la legislación interna en la materia, se introdujo en 2007 la dualidad adjudicación provisional/adjudicación definitiva. La Comisión Europea concluyó que este esquema no daba adecuada respuesta a las exigencias derivadas de la Directiva de recursos y, por ello, además de suprimir la dualidad adjudicación provisional/adjudicación definitiva, la regulación exige ahora una determinada forma para que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores se perfeccionen: la formalización pasa a ser, por tanto, constitutiva del contrato. A partir de esta regla, y cuando se trate de supuestos en que procede interponer el recurso especial, se establece que la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos; y solo una vez transcurrido dicho plazo (o cuando se acuerde el levantamiento de la suspensión) el órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento (artículo 140.3 LCSP). La trascendencia práctica de esta modificación afecta a distintos planos. Quizá el más evidente sea el de la desaparición, como causa de resolución de los contratos, de su falta de formalización.

la eficacia del recurso interpuesto contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de adjudicación.

2. La independencia del órgano encargado de resolver el recurso como garantía de su eficacia

2.1. El mandato de eficacia del recurso contenido en la Directiva 89/665/CEE: configuración y requisitos de los órganos competentes para conocer de los recursos

Las directivas de recursos, siempre han impuesto como obligación a los Estados miembros la de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones acordadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible (artículo 1.1 Directiva 89/665).¹¹ Sobre la eficacia del recurso, Gimeno Feliú destacaba que esta ha de medirse desde el punto de vista del recurrente, de manera que debe permitir impedir la perfección del contrato y el inicio de su ejecución hasta que se resuelva el recurso.¹² La eficacia de ese recurso aparece vinculada a la posibilidad de obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación por la que resuelve con qué licitador celebrará el contrato, posibilidad que debe articularse a través del procedimiento que los Estados miembros están obligados a poner a disposición de los interesados.¹³

El modo en que se debe materializar la eficacia del recurso, es a través de la atribución de la competencia para su resolución a un órgano independiente de la entidad que haya dictado el acto recurrido. Al carácter independiente de dicho órgano alude la Directiva 2007/66 en varias ocasiones. La primera, en su Considerando número 22, al señalar que “el órgano de

recurso independiente del poder adjudicador o de la entidad contratante” debe examinar todos los aspectos pertinentes para establecer si razones imperiosas de interés general requieren que se mantengan los efectos del contrato en los supuestos en que se declare su ineficacia. Igualmente, en el apartado 3 de su artículo 2, se alude a que cuando se someta “a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador” un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso.

Entendemos que las referencias a la independencia del órgano contenidas en el apartado 9 del artículo 2 de la Directiva, así como los requisitos allí recogidos, no son de aplicación a los órganos de naturaleza no jurisdiccional encargados de resolver los recursos. En efecto, dicho precepto señala que:

“Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso.

“El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de

11. Ese es precisamente el objetivo de las directivas de recursos, y así lo ha señalado precisamente el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (As. C-470/1999, *Universale-Bau* y otros, apdo. 74). No conviene olvidar, además, que la Directiva también impone a los Estados miembros la obligación de velar porque las decisiones de los órganos responsables de los procedimientos de recurso, una vez adoptadas, puedan ser ejecutadas también de modo eficaz (artículo 2.8 Directiva 89/665).

12. *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 2010, p. 312. Y es que de poco sirve una posterior declaración de incumplimiento si el contrato ha sido ya adjudicado, y en buena parte de las ocasiones, hasta ejecutado, ya que dicha resolución no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico y por los licitadores (Auto del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 1994).

13. *Vid.* sentencias de 28 de octubre de 1999 (As. C-81/98, *Alcatel Austria* y otros, apdo. 43), y de 3 de abril de 2008 (As. C-444/06, *Comisión /España*, apdo. 37).

esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.”

Interpretando dicho precepto, el Tribunal de Justicia ha confirmado que los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos. Una primera solución consistiría en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. Por el contrario, también cabría la opción de atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza (jurisdiccional), en cuyo caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 –ahora en el apartado 9 de ese mismo artículo tras la modificación operada por la Directiva 2007/66– (Sentencia de 4 de febrero de 1999, As. C-103/97, *Josef Köllensperger*, apartado 29).

El hecho de que el segundo párrafo del apartado 9 del artículo 2 de la Directiva se refiera a “... esta instancia independiente...” (en singular) entendemos que lo es “... al órgano jurisdiccional (también en singular) en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso” y que debe poder revisar (o él o un órgano jurisdiccional) las decisiones del órgano encargado de resolver el recurso, cuando se haya optado por atribuir la competencia para ello a un órgano no jurisdiccional. De manera consecuente, tal circunstancia nos inclina a pensar que los requisitos exigidos en el párrafo segundo del precepto reproducido (mandato sujeto a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad, necesidad de que el presidente posea las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez) no resultan de aplicación a los órganos (a los que se refiere, esta vez en plural, el párrafo primero del apartado 9 del artículo 2 de la Directiva) de carácter no jurisdiccio-

nal, que sean responsables de los procedimientos de recurso, sino únicamente al órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, que pueda revisar las decisiones del primero a la conclusión del procedimiento de recurso.

Esa es, por otra parte, la interpretación que mantuvo el Tribunal de Justicia al enjuiciar la compatibilidad con el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 del *Tiroler Landesvergabeamt* (Oficina de Adjudicaciones del *Land* del Tirol), órgano colegiado creado para resolver los recursos planteados en el marco de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en el *Land*. Formaban parte de dicho órgano:

- en calidad de ponente de los asuntos, un jurista, funcionario de la Oficina de Adjudicaciones;
- un miembro de la judicatura;
- un miembro de la Cámara de Comercio del Tirol, un miembro del Colegio de Arquitectos e Ingenieros del Tirol y de Vorarlberg, un miembro de la Cámara de trabajadores y empleados del Tirol, y un miembro de la Mancomunidad de municipios del Tirol, todos ellos versados en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos.

Junto a ellos, actuaba en calidad de presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”, sin mayores especificaciones.

Para el Tribunal de Justicia, la composición de ese órgano es compatible con lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 (ahora apartado 9). Sin entrar a analizar la concurrencia de los requisitos contenidos en el párrafo segundo de dicho precepto (mandato sujeto a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad, necesidad de que el presidente posea las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez), el Tribunal de Justicia recordó que esa disposición se refiere a los organismos responsables de los procedimientos de recurso contra las resoluciones adoptadas por los organismos de base competentes en materia de adjudicación de los contratos públicos, que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/665 (Sentencia de 4 de febrero de 1999, As. C-103/97, *Josef Köllensperger*, apartado 27), y no resulta de aplicación, por tanto, a esos organismos de base competentes en materia de adjudicación de los contratos públicos que carecen de naturaleza jurisdiccional. A la vista de lo anterior,

puede concluirse que la independencia del órgano encargado de resolver los recursos en materia de contratación no implica, según el Derecho de la Unión Europea, ni que la competencia para su conocimiento deba atribuirse necesariamente a un órgano jurisdiccional, ni que los miembros de dicho órgano estén sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces, ni que su presidente, en caso de tratarse de un órgano colegiado, posea las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Es mucho más importante a nuestro juicio, y aquí radica el verdadero fundamento de la independencia, la especialización por razón de la materia de los miembros del órgano, y así cabe deducirlo de la Sentencia del Tribunal de Justicia citada.

2.2. Las diferentes opciones de articular la independencia del órgano encargado de la resolución del recurso y la solución finalmente acogida en la LCSP

Una vez establecida la necesidad de modificar el régimen del recurso especial en materia de contratación pública, a la hora de atribuir la competencia para su resolución se barajaron varias alternativas, todas ellas ajustadas a las opciones que ofrece la Directiva. La solución de judicializar la resolución de los conflictos (opción preferida por el Consejo de Estado), atribuyendo la competencia para conocer de los mismos a la jurisdicción contencioso-administrativa, fue descartada desde el propio Ministerio de Justicia, al entender que, de hacerlo, se abriría la posibilidad de que actos de entidades de Derecho privado fueran directamente impugnados ante dicha jurisdicción (en concreto los recursos planteados contra actos de poderes adjudicatarios que no tuviesen la condición de Administraciones Públicas "a efectos de la LCSP"), con el riesgo de desnaturalizar dicha jurisdicción. La razón que en el fondo parecía pesar para descartar la opción jurisdiccional es la necesidad de dar prioridad al conocimiento y resolu-

ción de estos recursos, de imposible cumplimiento con los medios materiales y humanos de los que dispone hoy la Administración de Justicia.

Desde la doctrina se habían propuesto otras soluciones, como las de crear una sala especial dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central, o atribuir la competencia para conocer de los recursos a las autoridades estatales o autonómicas de defensa de la competencia,¹⁴ opciones descartadas por tratarse de órganos no especializados en materia de contratos públicos. La opción de residenciar el conocimiento de los recursos en las juntas consultivas de contratación administrativa, hubiera permitido resolver ese problema de especialización del órgano por razón de la materia.¹⁵

De entre las soluciones ofertadas por la Directiva 2007/66, la que finalmente se impuso fue la de atribuir la competencia para resolver los recursos a un órgano de naturaleza no jurisdiccional, sino administrativa (a pesar de que su denominación pueda inducir a pensar lo contrario): el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).¹⁶ De esa naturaleza no jurisdiccional participan asimismo los órganos autonómicos, y también los que dependen de los órganos constitucionales y estatutarios, creados, cada uno en su respectivo ámbito, para la resolución de los recursos que se planteen en materia contractual.

Junto a la creación de ese Tribunal Administrativo Central, y puesto que, conforme a la Directiva 89/665, en el caso de que se opte por atribuir la competencia para conocer del recurso a un órgano de naturaleza no jurisdiccional, deben adoptarse las medidas oportunas para garantizar que cualquier decisión presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional, o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso, el sistema de recursos configurado en la LCSP no cierra la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución del

14. Opción defendida por J. BERASATEGUI TORIZES en su trabajo sobre "El control administrativo independiente de la contratación pública", *Diario La Ley* núm. 6650, de 13 de febrero de 2007, y que el propio autor defendió en su comparecencia en el Congreso de los Diputados durante la tramitación parlamentaria de la LCSP.

15. Esa es precisamente, como luego veremos, la opción adoptada por Illes Balears en 2003, que proponía extender J. M. GIMENO FELIÚ, *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 2010, p. 332.

16. Sobre las distintas opciones planteadas al presentar distintas enmiendas al Proyecto de la que luego fuera Ley 34/2010, *vid.* PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Aranzadi, 2010, p. 32-34.

órgano encargado de resolver el recurso (Cfr. artículo 319.1 LCSP).¹⁷

3. Los órganos responsables de la resolución de los recursos en materia de contratos públicos

3.1. Antecedentes próximos

La existencia de un sistema de recursos *ad hoc* en materia de contratos públicos no era desconocida en el ordenamiento español con anterioridad a su incorporación a la LCSP. Illes Balears fue pionera al establecer un recurso, de carácter potestativo, residenciando la competencia para resolverlo en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears).¹⁸ Tres años después, la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra, incluyó también, en su artículo 210, una reclamación en

materia de contratación pública, que los interesados pueden interponer ante la Junta de Contratación Pública.¹⁹ Debe señalarse, a diferencia de lo que luego sucedería en la LCSP, que tanto el recurso balear como la reclamación navarra pueden interponerse (frente a los actos que son susceptibles de recurso) en el marco de cualquier contrato público, sin importar el dato de su importe, circunstancia, en cambio, determinante para acogerse al sistema de recurso especial que deriva de la LCSP, que con carácter general solo es posible interponer frente a contratos sujetos a regulación armonizada,²⁰ acentuando de esta manera las diferencias entre los “grandes” licitadores y los “pequeños y medianos”.²¹ Está por ver todavía si ese sistema dual es conforme con la Directiva 89/665, cuyo artículo 1.2 (tras la redacción dada por la Directiva 2007/66) señala que “los Estados miembros velarán porque no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunita-

17. “Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k y l del apartado 1 y en el artículo 11, letra f de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

“No procederá la revisión de oficio regulada en el artículo 34 de esta Ley y en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos regulados en el artículo 311...”

18. Expresamente se establece que la interposición de dicho recurso sustituye, a todos los efectos, al recurso de reposición, y ello en aplicación del artículo 107. 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, que permite, mediante Ley, sustituir el recurso de reposición, en ámbitos sectoriales determinados, cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo, respetando su carácter potestativo para el interesado.

19. El carácter sustitutivo de esta reclamación (en clara alusión al antecitado artículo 107.2 LRJPAC) se señala en el apdo. 5 del mismo precepto, que dispone que “La interposición de la reclamación prevista en este artículo será de carácter potestativo y sustitutivo, sin perjuicio de la interposición de cuantas otras reclamaciones o recursos basadas en otros motivos se interpongan ante otros órganos”. Sobre esta reclamación puede verse J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, “Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública”, en J. C. ALLI ARANGUREN (dir.), *Comentarios a la Ley foral de contratos públicos (Ley 6/2006, de 9 de junio)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, p. 734-797, y también F. J. VÁZQUEZ MATILLA, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45, 2008, p. 149-181.

20. Son recurribles además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.1 LCSP, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II LCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros, y el plazo de duración, superior a cinco años.

21. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes 514/2006 y 499/2010) como parte de la doctrina han considerado injustificada esta dualidad de sistemas de recursos. J. M. GIMENO FELIÚ la considera un evidente incumplimiento del principio comunitario de equivalencia, *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 2010, p. 312-313. Por su parte, J. M. BAÑO LEÓN apuntaba la ilogicidad del diferente tratamiento entre uno y otro tipo de contratos, pues la tutela efectiva sobre los principios de publicidad y libre competencia debería ser la misma en todos los contratos del sector público, “Tutela judicial precontractual”, en J. BERMEJO VERA (dir.) y M. A. BERNAL BLAY (coord.), *Diccionario de contratación pública*, lustel, 2009, p. 688.

rio y las demás normas nacionales".²² Debe recordarse además que la Comisión, en su Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006), tras reconocer que para los contratos que no entran en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de contratos públicos, la aplicación a los mismos de los principios generales de la contratación pública supone igualmente que las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, y por tanto, la posibilidad de que puedan ser objeto de recurso, al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, dispone que los sistemas de recurso que se establezcan no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia).

3.2. Crónica de órganos de recurso creados

Tal y como hemos concluido anteriormente, la atribución de la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación al mismo órgano que previamente había dictado el acto recurrido (opción seguida por el artículo 37 LCSP) resultaba incompatible con las directivas de recursos. Es por ello que el artículo 311 LCSP dispone la creación, en el ámbito de la Administración General del Estado (si bien su competencia se proyecta también sobre los recursos especiales que se susciten contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas), de un órgano especializado para el conocimiento y resolución, entre otros,²³ de los recursos especiales en materia de contratación. A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que,

aunque adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, actúa con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

Por su parte, la Ley 34/2010 introdujo un nuevo párrafo en la disposición adicional tercera de la Ley de contratos del sector público, según el cual, los órganos competentes de las Cortes Generales establecerían, en su caso, el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación del recurso especial regulado en el Libro VI de esta Ley. Con la excusa del respeto al principio de autonomía parlamentaria, por Resolución de 18 de enero de 2011, del letrado mayor de las Cortes Generales, por la que se publica la de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado (BOE de 25 de enero de 2011), ha sido creado el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, como órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación cuando este se interponga contra actos referidos a los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo.

En el ámbito de las comunidades autónomas, así como en el de los órganos competentes de sus asambleas legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, y también para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, la competencia para resolver los recursos deben establecerla sus normas respectivas. Partiendo de esa libertad para el diseño del sistema autonómico de recursos contractuales, el artículo 311.2 LCSP establece dos posibilidades:

A) La primera, la creación de un órgano independiente, de similares características al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Esta es la opción seguida por Madrid (artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de racionalización del sector público), País Vasco (Disposición adicional octava de la Ley 5/2010, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de País Vasco para el ejercicio 2011), y Aragón (artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del

22. Sobre el régimen de recursos aplicable a los contratos no incluidos en el sistema especial de recurso, puede verse el informe de la JCC Aragón núm. 18/2008, de 21 de julio, el de la JCCA núm. 48/08, de 29 de enero de 2009, el de la JCCABalears núm. 13/08, de 30 de julio de 2009, y el de la JCCACataluña núm. 3/2010, de 26 de marzo.

23. Debe recordarse que a este mismo órgano se atribuye la competencia para tramitar el procedimiento y resolver la cuestión de nulidad a que se refiere el artículo 37.1 LCSP (Cfr. artículo 39.1 LCSP).

sector público de Aragón). Junto a las anteriores, otras comunidades autónomas han autorizado la creación de un órgano para la resolución de recursos en materia de contratación. Son los casos de Castilla y León (Disposición final séptima de la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de medidas financieras y de creación del ente público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León), Galicia (artículo 38 de la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas), y las precoces Cataluña (Disposición adicional cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas) y Cantabria (Disposición adicional primera de la Ley de Cantabria 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de organización y funcionamiento del servicio jurídico), que ya incluso antes de dictarse la Ley 34/2010 autorizaron a sus respectivos Gobiernos para que, en el marco de la normativa básica que el Estado adoptase en esta materia, crearan un órgano colegiado independiente para el conocimiento y la resolución de los recursos especiales en materia de contratación. Sin embargo, hasta el 30 de junio de 2011 (fecha de cierre de este artículo), tan solo Aragón (de manera transitoria), Madrid y País Vasco, además de crearlos, habían constituido efectivamente esos órganos.²⁴

B) La segunda opción es que las comunidades autónomas atribuyan la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, suscribiendo a tal efecto el correspondiente convenio con la Administración General del Estado (con el Ministerio de Economía y Hacienda, por ser el Ministerio al que se adscribe orgánicamente el Tribunal), en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad Autónoma sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Por el momento no hay noticia de que

alguna Comunidad Autónoma haya suscrito dicho convenio.

A las opciones anteriores aún habría de sumarse una tercera (C), que deriva del establecimiento de un régimen supletorio aplicable a los casos de inactividad autonómica.²⁵ La Disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 prevé un régimen aplicable a las comunidades autónomas, en tanto no hayan creado sus propios órganos encargados de la resolución de recursos o cuestiones de nulidad, o conveniado su resolución con el Tribunal Administrativo Central. En tales casos, la competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad. Esto es, sobrevive “el espíritu” del artículo 37.4 LCSP en su redacción original para mantener la competencia del órgano de contratación para resolver el recurso (cuando se trate de contratos de una Administración Pública), o del titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela (si esta no tiene el carácter de Administración Pública).

Ahora bien, en tales supuestos, el procedimiento de tramitación de los recursos se acomodará a lo dispuesto en los artículos 312 a 318 LCSP, o, en su caso, en los artículos 103 a 108 LCSE, y además, cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias, o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.

Aunque caracterizado por su supletoriedad y transitoriedad, entendemos que este sistema no se ajusta a las directivas de recursos, pues aun cuando se establece como garantía la suspensión de los efectos de las resoluciones de adjudicación hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas, no se atribuye la competencia para su resolución a un órgano

24. Cataluña sometió a información pública y a Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora (núm. 398/10, de 16 de diciembre) un Proyecto de Decreto de creación del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, que finalmente no fue aprobado. A fecha de cierre de este artículo (30.06.2011), la Disposición adicional cuarta del Proyecto de Ley de medidas fiscales y financieras en tramitación en el Parlamento de Cataluña dispone la creación del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, con una regulación prácticamente idéntica a la que presenta dicho órgano en el País Vasco.

25. El establecimiento de un régimen supletorio deriva de la admisión por el Tribunal Constitucional, expresamente, de que el Estado legisle con carácter supletorio sobre materias de competencia autonómica en los supuestos en que se trate de incorporación al Derecho interno de la normativa comunitaria. *Vid.*, en este sentido, las sentencias 213/1994, de 14 de julio, y 79/1992, de 28 de mayo.

independiente de la entidad contratante. El acogimiento de las comunidades autónomas a este sistema supone un claro incumplimiento del Derecho europeo de contratos públicos por parte del Reino de España.

Por su parte, en el ámbito de las corporaciones locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las comunidades autónomas, cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. Lo ordinario ha venido siendo que los órganos autonómicos creados asuman la competencia para resolver los recursos en materia de contratación y cuestiones de nulidad, interpuestos contra actos de las corporaciones locales que tengan su sede en su territorio. Así sucede en Aragón y Madrid, y esa es, además, la regla a seguir en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, según se desprende del artículo 311.3 LCSP. Algunas especialidades frente a esa regla general se presentan en el País Vasco, donde, si bien el ámbito en el que el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales ejercerá su función comprende a las Administraciones locales integradas en el territorio de dicha Comunidad, existen dos excepciones. La primera, la de aquellos municipios de más de 50.000 habitantes que hayan creado su propio órgano competente para la resolución de los recursos de su ámbito local y sector público respectivo.²⁶ Y la segunda, los recursos planteados contra contratos de las diputaciones forales, que de conformidad con la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP deben ajustar su contratación a las normas establecidas en dicha Ley para las Administraciones Públicas, lo cual ha sido interpretado en este punto en el sentido de considerar necesaria la creación, en el seno de las mismas, de un órgano administrativo encargado de la resolución de recursos en materia de contratos públi-

cos. Así, la provincia de Álava, mediante Decreto foral 44/2010, de 28 de septiembre, aprobó la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales; la de Guipúzcoa, mediante Decreto foral 24/2010, de 28 de septiembre, la creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, y la de Vizcaya, mediante Decreto foral 102/2010, de 29 de septiembre, la creación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales.

4. Características de los órganos autonómicos creados para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública

4.1. Naturaleza unipersonal o colegiada del órgano encargado de resolver los recursos

Como ya hemos visto, el artículo 311.2 LCSP establece que, en el ámbito de las comunidades autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas. En virtud de sus competencias en materia de organización de las instituciones propias de cada Comunidad Autónoma, con las solas excepciones del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco y el proyectado Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña,²⁷ el resto de órganos autonómicos creados han sido dotados de una naturaleza colegiada,²⁸ con la denominación, por lo general (salvo el creado en la Diputación Foral de Álava), de "Tribunal", por ser tres los miembros que lo integran en todos los casos.²⁹ Ninguna de las normas de creación cierra la posibilidad de ampliar el número de miembros, cuando el volumen de trabajo que se genere lo requiera.

26. Opción que entendemos viable a la vista de que el artículo 311.3 LCSP deja libertad a las comunidades autónomas para determinar la competencia para la resolución de los recursos planteados contra las entidades locales. En todo caso habrá que garantizar que los órganos creados cumplan con el requisito de independencia de la entidad contratante. Como curiosidad, señalar que el Anteproyecto de Ley que luego se convertiría en Ley 34/2010 preveía la creación de tribunales para resolver los recursos de las Administraciones locales en el ámbito de las diputaciones provinciales.

27. Susana DE LA SIERRA se muestra crítica con la opción de la unipersonalidad, advirtiendo que si bien es cierto que la Directiva de 2007 no se pronuncia de forma expresa al respecto, de su artículo 9 parece desprenderse que se opta por un modelo de colegialidad, ya que en todo momento se refiere a "los miembros del órgano" (en plural). "Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011, p. 107, nota núm. 36.

28. La naturaleza colegiada, la establecen también las normas que autorizan la creación de los órganos competentes para la resolución de recursos en materia de contratos públicos de Cantabria, Cataluña y Galicia.

29. Constituye la excepción el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Álava, que a pesar de no denominarse "Tribunal" está integrado por un presidente y dos vocales.

El País Vasco (y también la proyectada regulación del órgano en Cataluña) no descarta la sustitución “del Órgano” por un “Tribunal”: “En especial, y cuando el volumen y la especificidad de los asuntos competencia del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco así lo requieran o aconsejen, el Gobierno Vasco, mediante el pertinente decreto, del que dará cuenta al Parlamento Vasco, podrá acordar la modificación del carácter unipersonal del órgano creado transformándolo en órgano colegiado como Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco” (apartado 14 de la Disposición adicional octava de la Ley 5/2010).

En el País Vasco, y dado el carácter de unipersonal con que se crea inicialmente el órgano, a fin de dar continuidad a las competencias asignadas al mismo, el Gobierno Vasco, a propuesta conjunta de los titulares de los departamentos de Economía y Hacienda y de Justicia y Administración Pública, designó en el mismo acto del nombramiento del titular del órgano a la persona que, reuniendo los mismos requisitos exigidos para el titular del órgano, está llamada a sustituirle con carácter temporal en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad.

4.2. Competencia temporal

No resulta pacífica la determinación de la competencia temporal de los órganos de resolución de recursos contractuales. En algunos casos se proyecta desde el momento de creación del órgano, esto es, desde el día de la publicación de la norma de creación en el Boletín Oficial correspondiente (así se indica expresamente en el caso del Tribunal de Madrid, y aunque se guarde silencio al respecto en su norma de creación, fue el criterio adoptado en Aragón). Dicho criterio puede plantear la duda de a quién corresponde la competencia para conocer de los recursos presentados una vez creado el órgano, pero antes de su constitución. No hubo problema en el caso del Tribunal aragonés, pues se constituyó el día 11 de marzo de 2011, un día después de la publicación en el Boletín Oficial de Aragón de la norma de creación y la designación de sus miembros. Sin embargo, en el caso del Tribunal de Madrid sí que hubo un lapso temporal importante entre su creación por Ley 9/2010, de 23 de diciembre, y la designación de sus miembros mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de abril de 2011, circunstancia que obligó a prever un régimen transitorio en la Ley de creación del Tribunal:

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Régimen transitorio hasta la constitución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

“Los recursos especiales en materia de contratación, las reclamaciones, las medidas provisionales y los supuestos especiales de nulidad que se interpongan o planteen desde el día de la publicación de esta Ley en el ‘Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid’, se presentarán ante el correspondiente órgano de contratación o entidad contratante, que no remitirá el expediente acompañado del correspondiente informe al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid hasta su constitución.

“El Tribunal se constituirá en un plazo no superior a diez días desde la publicación del nombramiento de sus miembros en el ‘Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid’, iniciando sus funciones a partir del día siguiente al de su constitución.”

Para evitar esa distorsión, la norma de creación del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco demoraba el inicio de sus actividades hasta el día siguiente de la publicación del nombramiento de su titular; y en un sentido similar, la norma de creación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa señalaba su competencia para conocer de los recursos “que se interpongan a partir de la fecha de su constitución”.

4.3. Competencia subjetiva o institucional

Otra cuestión importante es la relativa a la competencia institucional de los órganos encargados de resolver los recursos en materia de contratos públicos. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales extiende su competencia, además de a los órganos de la Administración General del Estado, a los recursos especiales que se susciten contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas. Escapan a su competencia los recursos presentados en el marco de contratos del Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo, de los que conocerá el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales.

En el ámbito autonómico, sus respectivas normas determinan el alcance subjetivo de las mismas. Tanto

el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón como el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, son competentes para conocer de los recursos que se presenten en relación con los contratos de la Administración de la Comunidad Autónoma y la Administración local, incluidos sus respectivos organismos y entidades dependientes.³⁰ Lo mismo sucede en el caso del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco, si bien existe la posibilidad, antes apuntada, de que los municipios de más de 50.000 habitantes puedan crear su propio órgano competente para la resolución de los recursos de su ámbito local y sector público respectivo. Idéntica prescripción se recoge en la regulación del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña.

También deberían ser competentes los tribunales autonómicos para conocer de los recursos planteados contra los contratos de las Universidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores,³¹ y cuya sede se encuentre en las respectivas comunidades autónomas, aunque hay que advertir que en este punto se hace referencia únicamente a las "Universidades públicas" (Madrid) y "a la Universidad de Zaragoza" (Aragón). Guardan silencio respecto a la competencia de los órganos en relación con los recursos contractuales dirigidos contra las Universidades tanto la norma de creación del órgano vasco como la proyectada regulación del órgano catalán.

Igualmente conocen estos órganos de los recursos planteados en relación con entidades que celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada.

Los recursos que se presenten en relación con contratos de las Cortes de Aragón, del justicia de Aragón y de la Cámara de Cuentas (Aragón), así como de la Asamblea de Madrid, la Cámara de Cuentas y demás instituciones y órganos vinculados o dependientes de la Asamblea (Madrid), quedan fuera de la competencia de los tribunales

autonómicos (salvo que mediante convenio se atribuya a este la competencia para conocer de dichos recursos). Respecto de las instituciones aragonesas, la Disposición adicional primera de la Ley 3/2011 remite al establecimiento, en su caso, de un órgano común para conocer de los recursos. En relación con las madrileñas, la Ley 9/2010 hace referencia a que dichas instituciones "establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer, en su ámbito de contratación", sin que esté claro si debe tratarse de un órgano común, aunque todo apunta hacia ello. Una peculiaridad en relación con el régimen de recursos especiales de las asambleas legislativas autonómicas se da en el País Vasco, donde, en tanto no se regule por el Parlamento Vasco y los organismos creados por esta Institución el órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación dentro de su respectivo ámbito, la Ley de creación del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco atribuye a dicho órgano la competencia para conocer de esos recursos. El Parlamento catalán ha sido el único que, por el momento, ha creado un Tribunal propio para la resolución de sus recursos contractuales, siguiendo el precedente del Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales (Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña de 1 de marzo de 2011).

4.4. Composición de los órganos

Como condición para el caso de que las comunidades autónomas creen un órgano propio para conocer de los recursos que se interpongan contra sus contratos, el artículo 311.2 LCSP señala que "su titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su presidente, debe ostentar cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad

30. Se recoge en este punto el criterio contenido en el artículo 311.4 LCSP: "Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquel que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado."

31. Debe recordarse aquí que una Universidad privada también puede tener la condición de poder adjudicador y, en consecuencia, sería posible interponer recurso especial en materia de contratación pública contra algunos de sus contratos. Como ejemplo paradigmático, puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000 (As. C-380/98), que enjuiciaba la condición de poder adjudicador de la Universidad de Cambridge.

responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad". La formulación de los requisitos exigidos por este precepto de la LCSP, se asemeja a la de los que la Directiva 89/665 exige en el apartado 9 de su artículo 2 para otros órganos distintos, para los organismos responsables de los procedimientos de recurso contra las resoluciones adoptadas por los organismos de base competentes en materia de adjudicación de los contratos públicos que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/665. Sin embargo, no se trata de requisitos idénticos, y ello porque, que como ya concluimos, esos requisitos que señala la Directiva no resultan de aplicación directa a esos organismos de base competentes en materia de adjudicación de los contratos públicos que carecen de naturaleza jurisdiccional. Por eso no resultan acertadas algunas críticas que ponen en duda la compatibilidad de los requisitos exigidos en la LCSP con la Directiva de recursos.³² La LCSP, con buen criterio, no determina que el nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estén sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad, ni exige que el presidente posea las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. En su lugar, lo que el precepto exige es que al menos su presidente ostente capacitaciones

jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer, y que la duración de su mandato y su revocabilidad estén sujetas a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad, requisitos que recogen la interpretación jurisprudencial del artículo 2 de la Directiva de recursos (Sentencia de 4 de febrero de 1999, As. C-103/97, *Josef Köllensperger*, apartado 27).³³

Los tribunales de Aragón y Madrid prevén la existencia de un presidente y dos vocales, sin perjuicio, como decíamos, de poder incrementar el número de vocales cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje.

La designación como presidente (o titular del órgano en el caso de órganos unipersonales) se realiza entre funcionarios de carrera "de cuerpos y escalas del grupo A" (Aragón), "clasificados en el subgrupo A1" (Madrid). No existen requisitos de pertenencia a ningún cuerpo o escala en País Vasco. Se exige además "titulación en Derecho" (Aragón), "el título de licenciado o grado en Derecho" (Madrid), "licenciatura o el doctorado en Derecho" (País Vasco), "licenciatura en Derecho" (Cataluña). En cuanto a la experiencia profesional, es común la exigencia de un mínimo de quince años (Aragón, País Vasco y Cataluña, diez años en Madrid) "en la rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública" (Aragón), "preferentemente en el ámbito del Derecho

32. Para Susana DE LA SIERRA es, cuando menos, debatible si estos requisitos genéricos relativos a la formación del presidente son equivalentes (como exige la norma europea) a las cualificaciones "jurídicas y profesionales" de un juez, quien para ejercer esa profesión ha debido superar –como regla general del sistema– unas pruebas públicas y competitivas específicas más allá de la titulación obtenida y de la condición de funcionario público. Queda por ver, por tanto, cómo ha de enjuiciarse el Tribunal de Justicia –si viene llamado a pronunciarse– la adecuación a Derecho de la Unión de esta figura. El artículo 311.2 alude a la garantía de la independencia y la inamovilidad de los miembros de esta instancia independiente (en relación a su mandato y su revocabilidad), sin mención alguna al estatuto de la judicatura, que es el que ha de servir de parámetro a estos efectos, según establece la Directiva. En función de cómo terminen configurándose estas instancias, podrá darse el caso de que alguna Comunidad Autónoma vulnere el Derecho de la Unión; "Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011, p. 108.

33. Bastante discutible resulta que la exigencia de esos mismos requisitos no se proyecte sobre los miembros del Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales. Su norma de creación advierte de la necesidad de armonizar en la composición del órgano tanto los requisitos de cualificación, independencia e inamovilidad exigidos por la Ley, como la naturaleza parlamentaria del órgano que será competente para revisar los actos de las Mesas de las Cámaras en materia de contratación. Por ello se opta por una composición mixta del Tribunal en la que están presentes un parlamentario de cada una de las Cámaras (un diputado y un senador), designados por las Mesas de las Cámaras reunidas en sesión conjunta, y el interventor de las Cortes Generales actuará como secretario en todos los recursos planteados en relación con los procedimientos de contratación llevados a cabo en el Congreso de los Diputados y en el Senado. En el caso de los recursos planteados en los procedimientos de contratación de las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo, formarán parte del Tribunal en su lugar y actuarán como secretarios, alternativamente, el interventor del Congreso de los Diputados o el interventor del Senado. El diputado y el senador actuarán alternativamente como presidente y vocal en cada uno de los recursos planteados.

Sorprende que no se exija titulación mínima para ninguno de los integrantes del Tribunal, ni experiencia en materia de Derecho Administrativo relacionado con la contratación pública. La norma de creación entiende que con la presencia en el Tribunal de un funcionario de las Cortes Generales se cumple el requisito legal de la cualificación jurídica, lo cual resulta bastante discutible. Nada se dice, en cambio, respecto de la independencia de la entidad adjudicadora, que es la garantía que señala la Directiva 89/665/CEE para asegurar la eficacia del recurso.

Administrativo relacionado directamente con la contratación pública” (Madrid, País Vasco y Cataluña). País Vasco señala además que esa experiencia debe ser “en cualquiera de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de País Vasco”.

Para la designación de los vocales se exige igualmente la condición de funcionario “de carrera de cuerpos y escalas del grupo A con la titulación en Derecho” (Aragón). Sin embargo, esta específica referencia a la titulación no es unánime, y por ello resulta paradójica. Madrid, siguiendo en este punto el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no exige para ser vocal la titulación en Derecho, sino únicamente la pertenencia, “a cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado”, por lo que basta que hayan accedido al cuerpo y escala a la que pertenezcan con un título de licenciado o grado (cualquiera). Tal circunstancia contrasta poderosamente con el hecho de exigir por otro lado para ser vocal una experiencia profesional “preferentemente en el ámbito

del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública”.³⁴ En cuanto a la experiencia profesional, se exigen diez años en la rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública (Aragón), y “preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública” (Madrid).

Una peculiaridad presenta además la designación del presidente y los vocales en el caso del Tribunal de Aragón, que se hará “previa información a las Cortes de Aragón”. Igualmente, se prevé la puesta en conocimiento del órgano parlamentario de la decisión del Gobierno Vasco de convertir el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales en el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco.

Hasta el momento han sido designados los titulares de los órganos competentes para la resolución de los recursos contractuales de Aragón³⁵ (de manera transitoria), Madrid,³⁶ País Vasco,³⁷ Guipúzcoa,³⁸ Vizcaya³⁹ y Álava.⁴⁰

34. Además, por cuanto respecta a los vocales del Tribunal Administrativo Central, en el Anexo en el que se relacionaban los puestos de trabajo cuya provisión se convocaba (Orden EHA/2237/2010, de 10 de agosto, por la que se convoca la provisión de puestos de presidente y vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, BOE de 16 de agosto de 2010) no se incluyó para los vocales el requisito de ser licenciado o graduado, sino únicamente el de la experiencia mínima de quince años. A la vista de las competencias asumidas por el Tribunal y de las características exigidas para el desempeño de los puestos de presidente y vocales, fue necesario revisar las características de dichos puestos, circunstancias que motivaron la modificación de la inicial convocatoria mediante Orden EHA/2532/2010, de 30 de septiembre (BOE de 1 de octubre de 2010), que, sin embargo, encierra una contradicción en sí misma, pues si en el texto de la Orden se señala, modificando la anterior, que “los puestos de trabajo que se convocan podrán ser solicitados por los funcionarios de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho...”, no menciona ese requisito específico de titulación “en Derecho” cuando relaciona, en el Anexo, los exigidos a los vocales del Tribunal.

35. La designación de sus miembros se contiene en la Orden de 9 de marzo de 2011, de la Consejería de Presidencia, por la que se dio publicidad al Acuerdo de 8 de marzo de 2011, del Gobierno de Aragón, por el que se designaba a los vocales de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que transitoriamente desarrollarán las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. La composición del Tribunal es la siguiente: presidente: don José M.º Gimeno Feliú; vocales: doña María Asunción Sanmartín Mora, y don Jesús Colás Tenas; secretaria: doña Ana Isabel Beltrán Gómez. E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

36. La designación de sus miembros se recoge en el Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se nombra presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid a doña Elena Hernández Salguero, y vocales a doña María Juana Martínez Aníbal-Álvarez y a don Juan Martínez Martínez (BOCM de 29 de abril de 2011). E-mail: tribunal.contratacion@madrid.org

37. La designación de sus miembros (titular y suplente), la recoge el Decreto 103/2011, de 31 de mayo. Como curiosidad puede señalarse en este caso que el antecitado Decreto nombraba inicialmente “al Órgano Administrativo” de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco, aspecto que fue posteriormente corregido haciendo referencia al nombramiento “del titular de dicho órgano”. Al margen de lo anterior, se designa a don José Antonio Ausín Unzurrunzaga como titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco, y como sustituto, con carácter temporal, en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, a don Francisco Javier Elola del Río.

38. Compuesto por los tres miembros designados por Acuerdo del Consejo de Diputados de 21 de diciembre de 2010 (Boletín Oficial de Gipuzkoa número 249, de 30 de diciembre): don Juan Ramón Ciprián Ansoalde, presidente; doña M.º Aranzazu Arana Learte, vocal, y doña María Yeregui Hernández, vocal secretaria.

39. El Tribunal lo integran, según Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia, 136/2010, de 30 de noviembre, de designación de presidente y vocales del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, don Joaquín Gastón Fernández de Arcaya (presidente), y don Antón Maturana Pérez y don Adolfo Gironi Iturraspe, como vocales. Además, en el mismo Decreto se designan vocales suplentes a los sres. don Julen Eguiluz Olano, doña Itziar Arambarri León y doña María Ángeles Aransay Arroy.

40. Por Acuerdo 764/2010, del Consejo de Diputados, de 23 de noviembre, se designa como miembros del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales a doña Isabel Arcederillo Zaldúa (presidenta), y a doña M.º Jesús Iturriaga Sáez y don Eduardo López de Aguilera Díaz, como vocales.

Por otra parte, siendo la opción mayoritaria la creación de órganos administrativos colegiados, les corresponde tener un secretario (artículo 25.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común -LRJPAC). La LCSP, sin embargo, no alude a dicha figura al determinar la organización del Tribunal Administrativo Central, si bien la web de dicho órgano informa, en el apartado de "Organización",⁴¹ de la existencia de una Secretaría General "a la que corresponde la coordinación de la tramitación de los recursos presentados, así como su control y seguimiento, dictar los actos de trámite y de notificación e impulsar de oficio el procedimiento, así como aquellas otras tareas que le sean expresamente atribuidas por el presidente". Se desconoce, sin embargo, quién desempeña esas funciones.

Aragón es la única Comunidad Autónoma que hace expresa referencia a la existencia de esta figura, atribuyendo sus funciones al secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Nada se dice, sin embargo, en Madrid, si bien puede entenderse implícita la existencia de secretario en la remisión que se contiene, en cuanto al régimen de constitución y funcionamiento del Tribunal, en lo no previsto en la Ley de creación del Tribunal y sus disposiciones de desarrollo, a las disposiciones de la LRJPAC.

4.5. Cuota de representación de la Administración local

Todos los órganos creados asumen la competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra los contratos de las Administraciones locales respectivas (y de su sector público vinculado). Por esa razón, en la mayor parte de los órganos se prevé que uno o varios de sus miembros sean designados en representación de la Administración local. Así sucede en

Aragón, donde el artículo 18.4 de la Ley 3/2011 indica respecto a la composición del Tribunal "que al menos alguno de los vocales sea funcionario de la Administración local". Madrid no prevé la integración de representantes de la Administración local en su Tribunal. Por su parte, País Vasco y Cataluña prevén que, cuando por razón del volumen de trabajo haya de sustituirse el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales por un Tribunal, en el procedimiento de nombramiento de los miembros del órgano colegiado se ha de garantizar la presencia en el mismo de un vocal, como mínimo, designado a propuesta de la Asociación de Municipios Vascos-Eudel, y de la Asociación Catalana de Municipios y la Federación de Municipios de Cataluña, respectivamente.

4.6. Las garantías de independencia: dedicación exclusiva e inamovilidad

Como fórmula de garantizar la independencia del órgano encargado de resolver los recursos en materia de contratación, las normas por las cuales se crean estos órganos disponen con carácter general un régimen de dedicación exclusiva de sus miembros.⁴² Es la forma de "garantizar su independencia, imparcialidad y total objetividad", señala la Ley de creación del Tribunal de Madrid.

La adscripción orgánica del órgano a un departamento de la correspondiente Comunidad Autónoma no altera su independencia, ya que no se integra en la estructura jerárquica de la Administración. Por ello, el órgano ejerce sus funciones con objetividad e imparcialidad, sin sujeción a vínculo jerárquico alguno ni instrucciones de ninguna clase de los órganos de las Administraciones Públicas afectadas.

En cuanto a la duración del mandato, todos los órganos creados hasta ahora disponen una duración de seis años.⁴³ Cataluña prevé que sean cinco años. Aragón y Madrid⁴⁴ disponen la improrrogabilidad del

41. <http://www.meh.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Organizacion.aspx>

42. Una excepción al régimen de dedicación en exclusiva la encontramos en el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava, donde el desempeño de dichos cargos se puede simultanear con los puestos de trabajo a los que están adscritos dentro de la Diputación Foral de Álava.

43. En el caso del Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, la duración del mandato del diputado y senador designados se extenderá a toda la legislatura. Lo mismo sucede en el caso del Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Cataluña.

44. No obstante, la primera renovación del Tribunal se hará de forma parcial a los tres años del nombramiento. A este respecto, antes de cumplirse el plazo indicado se determinará, mediante sorteo, el vocal que deba cesar.

mandato. País Vasco y Cataluña, en cambio, admiten que el titular del órgano pueda volver a ser nombrado por periodos sucesivos de la misma duración.

La inamovilidad de los miembros de dichos órganos mientras dure su mandato, es otra de las características que refuerzan la independencia del órgano. Entre las causas que, no obstante lo anterior, permiten la remoción de los miembros del órgano encargado de resolver los recursos, son comunes la expiración del mandato (Aragón y Madrid señalan expresamente que, cesado un vocal, este continuará en el ejercicio de sus funciones hasta que tome posesión de su cargo el que lo haya de sustituir, solución que Madrid dispone igualmente para el caso de renuncia), la renuncia aceptada por el Gobierno de la respectiva Comunidad, el incumplimiento grave de sus obligaciones, condena a pena privativa de libertad o inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito, y la incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función. Madrid y Cataluña añaden a las anteriores la pérdida de la nacionalidad española (tomando dicha causa de la regulación del Tribunal Administrativo Central), y País Vasco y Cataluña incluyen también el fallecimiento y la pérdida de la condición funcionarial o de los requisitos que son necesarios para su designación, entre las causas de remoción de miembros del órgano.

La constitución transitoria del Tribunal en Aragón, designando como miembros hasta que se constituya efectivamente a vocales de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, podía plantear problemas en cuanto a su independencia, por cuanto su designación corresponde al Gobierno de Aragón de entre aquellos en los que concurren los requisitos exigidos en esta norma para ser miembro del citado Tribunal. Para garantizar esa independencia desde el punto de vista funcional, se introdujeron dos importantes prescripciones que permiten salvar las dudas sobre la independencia de esos miembros. En primer lugar –señala la Disposición adicional tercera de la Ley 3/2011–, en todo caso deberá garantizarse la independencia funcional de los vocales designados al efecto, que no podrán ser removidos en el ejercicio transitorio de estas funciones sino por las causas previstas para los miembros del Tribunal, sin perjuicio de que pudieran ser removidos como miembros de la Junta. En segundo lugar, refuerza además la independencia del órgano el hecho de que, expresamente, se disponga que las personas designadas a estos efectos deberán abstenerse de participar en cual-

quier asunto relacionado con el ente al que pertenezcan.

Sobre la cuestión de la retribución de los miembros del órgano encargado de resolver los recursos (otra de las garantías de su independencia), la verdad es que las normas de creación de los mismos no van más allá de señalar que las retribuciones de sus miembros se percibirán con cargo a los presupuestos de la respectiva Comunidad. En el caso de Aragón, además, para el período transitorio en el que las funciones del Tribunal las asumen tres miembros de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, se dispone una compensación mediante dietas por asistencia.

Constituye la excepción en este punto País Vasco, que especifica la retribución del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de País Vasco, y que asciende (para el ejercicio 2011) a una cuantía de 67.083,41 euros, cuantía que no incluye los gastos realizados por razón del servicio o por traslado de residencia.

4.7. Otras singularidades. Funcionamiento y apoyo técnico. En especial, la repercusión de los costes del servicio de tramitación y resolución de los recursos

Para el funcionamiento de los órganos encargados de resolver los recursos contractuales, sus normas de creación no pasan por lo general de una genérica remisión a la obligación de que, por parte del Departamento al que se adscriba orgánicamente, se le preste el apoyo técnico y administrativo que precise (Madrid). En Aragón se prevé la existencia de una unidad técnica de apoyo al Tribunal, coincidente con la de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que se dotará del personal técnico y administrativo necesario con conocimientos adecuados sobre la materia (de manera transitoria, la unidad administrativa de apoyo a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón prestará apoyo técnico y administrativo al ejercicio de las funciones del Tribunal). Incluso se señala la obligación de incluir en los presupuestos anuales de la Comunidad Autónoma de Aragón las cantidades necesarias para asegurar el adecuado y eficaz funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Disposición adicional quinta de la Ley 3/2011). País Vasco y Cataluña señalan

la obligación de la Administración de la Comunidad Autónoma de garantizar la disponibilidad de los medios personales y materiales que el órgano administrativo precise para su adecuado funcionamiento.

Para sus notificaciones y comunicaciones, las normas de creación de estos órganos apuestan por la utilización de los medios electrónicos. Unas (Madrid), reproduciendo en este punto el criterio impuesto para el Tribunal Administrativo Central (Disposición adicional tercera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto). Así, las comunicaciones entre el Tribunal y los órganos de contratación o las entidades contratantes se harán, siempre que sea posible, por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. Las notificaciones a los recurrentes y demás interesados intervinientes en los procedimientos se efectuarán por medios telemáticos cuando así lo soliciten o cuando lo hubiesen admitido durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en el caso de haber intervenido en él. En cualquier caso, esas notificaciones deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 28.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Por esa razón la práctica de esas notificaciones se sujeta a que los interesados dispongan de una dirección electrónica en el Sistema de Notificaciones Telemáticas de la Comunidad de Madrid. Más comedido en la cuestión de las notificaciones es Aragón, “que implementará progresivamente los medios electrónicos en los procedimientos tramitados ante dicho Tribunal”, garantizando en todo caso el derecho al recurso de los interesados. Lastra esta posibilidad, sin embargo, el hecho de que dicha Comunidad no cuenta todavía con un sistema de notificaciones electrónicas.

En relación con la utilización de los medios electrónicos para difundir la actividad del Tribunal, solo en Aragón se hace referencia a la creación de una sede electrónica del Tribunal (a la que actualmente se acce-

de a través de la sede electrónica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).⁴⁵ Desde allí se ponen a disposición de cualquier persona las resoluciones del Tribunal aragonés, debiendo significarse que fue el primer órgano que publicó sus resoluciones, incluso antes que el propio Tribunal Administrativo Central, que lo hizo tan solo unos días más tarde desde su sede electrónica.⁴⁶ Junto a las resoluciones, Aragón ha publicitado dos guías prácticas para facilitar la tarea de quienes sean parte en los procedimientos sustanciados ante el Tribunal aragonés (una sobre el recurso especial y otra sobre la cuestión de nulidad).

El Tribunal de Madrid todavía no tiene sede electrónica, aunque desde la página web de la Comunidad de Madrid se informa de su composición y datos de contacto, sin que se hayan hecho públicas (hasta el momento) sus resoluciones.⁴⁷

Por último, por lo que se refiere a la posibilidad de repercutir los costes de tramitación y resolución de los recursos, singular y excepcional es, en este sentido, la Ley 9/2011, que crea la “Tasa por la realización de actividades competencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”.⁴⁸ El hecho imponible de esa tasa lo constituye:

a) La tramitación y resolución de los recursos especiales en materia de contratación y de las reclamaciones a que se refieren los artículos 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y

b) La tramitación del procedimiento y la resolución de las cuestiones de nulidad contractual en los supuestos especiales establecidos en los artículos 37 de la Ley de contratos del sector público, y 109 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

45. http://www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/AreasTematicas/Tribunal_Administrativo_Contratos_Publicos?channelSelected=880b37e90bcee210VgnVCM2000002f551bacRCRD

46. <http://www.meh.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Tribunal%20Administrativo%20Central%20de%20Recursos%20Contractuales.aspx>

47. http://www.madrid.org/cs/Satellite?cid=1142625383104&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FCM_Presentacion_FA%2FfichaConsjeria_Organismo

48. *Vid.* su concreta regulación en el Decreto legislativo 1/2002, de 24 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Comunidad de Madrid. Sobre su aplicación, *vid.* la Orden de 21 de marzo de 2011, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se dictan las normas para la aplicación de la tasa por la realización de actividades competencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (BOCM de 26 de abril de 2011).

El importe de la tasa se ha establecido en 600 euros. Corresponde su abono (devengo) cuando se remita el expediente al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, con independencia de que el recurso especial, la reclamación o la cuestión de nulidad se presenten ante el propio Tribunal o ante el órgano de contratación o entidad contratante. Los obligados al pago de esa tasa (sujetos pasivos) son las entidades contra las que se dirigen los recursos y cuestiones de nulidad, salvo la propia Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid:

a) Los entes, organismos y entidades del sector público de la Comunidad de Madrid que no tengan la consideración de Administraciones Públicas de acuerdo con la delimitación establecida por el artículo 3.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público;

b) Las Universidades públicas del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y sus organismos vinculados o dependientes;

c) Las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y sus entes, organismos y entidades vinculados o dependientes;

d) Las entidades contratantes del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid sujetas a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y

e) Las entidades que celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada a que se refiere el artículo 17 de la Ley de contratos del sector público.

No obstante lo anterior, están exentas del pago de la tasa las entidades locales de la Comunidad de Madrid cuya población no supere los 5.000 habitantes,⁴⁹ y sus entes, organismos y entidades vinculados o dependientes. Respecto de los entes, organismos y entidades del sector público de la Comunidad de Madrid que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, así como de las entidades locales de la Comunidad de Madrid cuya población no supere los 20.000 habitantes y sus entes, organismos y entidades vinculados o dependientes, se aplicará una bonificación del 50 por 100 de la cuantía de la tasa.

5. Conclusiones y reflexión final

Junto al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pocas son por el momento las comunidades autónomas que se han dotado de un órgano propio para la resolución de sus recursos contractuales, para cumplir con las directivas de recursos en materia de contratos públicos. Extraña que no se haya generalizado (o al menos fomentado) dicha solución, pues el régimen supletorio articulado por el legislador estatal resulta manifiestamente contrario a las directivas europeas, por no atribuir el conocimiento de los recursos a un órgano independiente de la entidad contratante, motivo por el cual no ha de descartarse la apertura de procedimientos de infracción contra el Reino de España ante el Tribunal de Justicia.

En aquellas comunidades autónomas que han creado ya sus órganos de resolución de recursos contractuales, puede afirmarse que para el diseño de las competencias de dichos órganos autonómicos se ha optado por seguir un modelo conservador, reproduciendo en buena medida el mismo esquema que para el Tribunal Administrativo Central establece la LCSP tras su reforma por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Quizás la preocupación no por cumplir, sino por no incumplir con las directivas de recursos, ha hecho perder de vista la finalidad del sistema de garantías en materia de contratos públicos que persigue el Derecho europeo en su conjunto. Extraña en este sentido que ninguna Comunidad Autónoma se haya atrevido a separarse del criterio "central" y a haber optado por ampliar el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública a los "pequeños contratos", los que no entran dentro del ámbito de aplicación de las directivas. Ya existen antecedentes de ello dignos de mención (Baleares y Navarra), y es el modo de otorgar la protección que precisan a las pequeñas y medianas empresas, que son las que, al fin y al cabo, mueven nuestra economía.⁵⁰

Sin embargo, no por ello debe desconsiderarse el importante paso que representa la creación de estos órganos para la protección de los operadores económicos que participan en los procedimientos de adjudicación. La independencia y la especialización de estos

49. Se tomará como referencia el número de habitantes que se recoja en los censos municipales en vigor el 1 de enero del año correspondiente.

50. Otra opción, que ya hemos defendido en otro lugar ("Reflexiones sobre la ejecución de los contratos públicos", en J. M. GIMENO FELIÚ, *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011), hubiera sido la ampliación del recurso a cuestiones que no se manifiestan en las fases de preparación y adjudicación, sino en la fase de ejecución.

órganos son, sin duda, la mejor garantía de que los recursos planteados ante los mismos puedan ser eficaces.

Dos cuestiones, sin embargo, urgen a nuestro juicio de una inmediata solución. La primera, la publicidad de las resoluciones dictadas por estos órganos encargados de resolver los recursos contractuales. De entre los órganos autonómicos creados, hasta el momento solo Aragón (además del Tribunal Administrativo Central) hace públicas sus resoluciones, equiparadas, según su norma de creación y en cuanto a la obligación de respeto por los órganos de contratación, a la jurisprudencia comunitaria y la emanada del resto de tribunales. Dicha práctica, la de publicitar las resoluciones, debería extenderse al resto de órganos creados, para contribuir a la conformación de una doctrina administrativa en materia contractual cuya difusión sirva para mejorar las prácticas de los órganos de contratación.

Y en segundo lugar, la determinación de un procedimiento para la solución de los eventuales conflictos que puedan surgir entre los órganos autonómicos, o entre el Tribunal Administrativo Central y un órgano autonómico. No está prevista, y somos conscientes de la dificultad de establecerla, una instancia “de casación” para la unificación de la doctrina emanada de los diferentes órganos. Por el momento, la única manera de suplir esta ausencia de “segunda instancia” es acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, que será la que asuma por vía de recurso ese papel de revisión de las decisiones de los órganos encargados de la resolución de los recursos contractuales. ■

La nueva redacción del artículo 205.1 de la Ley orgánica del régimen electoral general: una reforma inconstitucional

Francisco Cacharro Gosende

Secretario general de la Diputación Provincial de Ourense

1. Introducción
2. El objeto y contenido de la reforma: la problemática de la elección de diputados provinciales en los casos de anulación de elecciones municipales
3. Los antecedentes de la reforma: la doctrina de la Junta Electoral Central
4. Un caso peculiar: la sentencia de 1 de julio de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia
5. Un ejemplo de jurisprudencia mutante: el giro doctrinal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
6. El silencio del Tribunal Supremo: la sentencia de 2 de junio de 2009
7. Una cadena de errores: análisis crítico de los fundamentos de la reforma

Resumen

El estudio analiza las reglas especiales sobre régimen de constitución de las diputaciones provinciales en los casos de repetición de elecciones municipales, introducidas por la reforma del artículo 205.1 de la Ley orgánica del régimen electoral general, operada por la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero. Se exponen los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales de dicha reforma, dando cuenta de la compleja controversia que en realidad subyace en esta materia, llegando a la conclusión de que dicha reforma es inconstitucional (por vulnerar el derecho de sufragio activo y pasivo de los concejales en las elecciones a diputados) e incongruente con el sistema electoral provincial, indicando además posibles alternativas jurídicamente más correctas para resolver la problemática a que se refiere esta modificación legislativa.

Palabras clave: *diputaciones; concejales; sufragio; elecciones; diputados; artículo 205.1 LOREG.*

Abstract

This study analyzes the special rules for the constitution of Provincial authorities (diputaciones provinciales) in the case of having to re-hold local elections. These rules were enacted by the amendment of section 205.1 of Organic Law 2/2011, of 28 of January, of General Elections. The present article describes scholar and case-law precedents of this amendment with the aim to explain the complex debate that underlies this area. The article will conclude that this amendment is unconstitutional because, firstly, it infringes the right to vote and to be elected of city councilors and, secondly, it is incoherent with the provincial electoral system. Moreover, the article explores possible alternatives that are legally more accurate to solve the controversy which the legislative amendment intends to overcome.

Keywords: Provincial authorities (*diputaciones provinciales*); city councilors (*concejales*); right to vote and to be elected; elections; congressmen; section 205.1 LOREG.

1. Introducción

La reciente Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero, de reforma de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, ha dado una nueva redacción al artículo 205.1 de esta última, consistente en la adición de dos párrafos relativos al procedimiento de constitución de las diputaciones provinciales de régimen común. El preámbulo de la Ley orgánica 2/2011 contiene solo una breve alusión a esta concreta reforma, a la que incluye entre las “modificaciones de orden técnico” introducidas por dicha Ley “que, sin perjuicio de su indudable trascendencia sobre el régimen electoral, van dirigidas a dotar de mayor precisión a la regulación vigente”, consistiendo, siempre según el preámbulo, en la supuesta incorporación de meras “precisiones en el procedimiento de constitución de las diputaciones provinciales”. En principio, pues, y de creer lo manifestado por el propio legislador orgánico, estos dos nuevos párrafos del artículo 205.1 se limitarían a introducir simples precisiones técnicas en el régimen de constitución de las diputaciones ya vigente con anterioridad, ciñéndose a la aclaración de aspectos que en la regulación anterior podrían adolecer de cierta oscuridad o indefinición.

De ser esto así, la reforma que nos ocupa no merecería mayor comentario que una pura nota informativa a pie de página en cualquier edición del texto de la Ley. La realidad, sin embargo, es muy diferente. La realidad es que el segundo de esos dos nuevos párrafos añadidos al artículo 205.1 (esto es, el actual párrafo tercero de dicho precepto), lejos de circunscribirse a una simple aclaración técnica, introduce un profundo cambio en la regulación anterior de esta materia, entrando incluso en franca contradicción con el párrafo primero (que mantiene intacta su redacción original). La realidad es que dicha innovación afecta a una compleja cuestión, que ha suscitado entre nosotros fuertes controversias y en torno a la cual no han faltado pronunciamientos de la Junta Electoral Central y los tribunales de justicia, en ocasiones abiertamente contradictorios entre sí. Pero hay más: a mi juicio, dicha reforma no solo tiene un carácter plenamente sustancial (lo que, en sí, nada tendría de particular, más allá de su errónea calificación en el preámbulo como mera modificación de orden técnico), sino que, y sobre todo, es, en primer lugar, una reforma inconstitucional, que vulnera de un modo frontal y absoluto el derecho fundamental a ser electores y elegibles, que en el proceso de elección de diputados pro-

vinciales corresponde a los concejales electos en municipios en los que se haya procedido a una repetición de las elecciones como consecuencia de la anulación total o parcial de los comicios municipales (concejales a los que, como habrá ocasión de demostrar, la reforma priva por completo de tal derecho); y es, en segundo lugar, una reforma incongruente con la naturaleza jurídica de las diputaciones provinciales, en tanto que órganos de gobierno de una provincia constitucionalmente determinada por la agrupación de municipios.

No se me oculta la gravedad de estas dos últimas afirmaciones, a la demostración de cuya veracidad se enderezan las páginas que siguen. El objeto de este trabajo es analizar el contenido de dicha reforma y tratar de demostrar la realidad de las deficiencias señaladas, así como las graves consecuencias jurídicas que su aplicación práctica puede acarrear. Defectos estos que, no obstante su envergadura, pasaron totalmente inadvertidos durante el trámite parlamentario de la Ley orgánica 2/2011, probablemente camuflados bajo ese engañoso disfraz de mero ajuste técnico que, desde un principio, acompañó a la nueva redacción del artículo 205.1 de la Ley orgánica del régimen electoral general. En aras de la claridad expositiva, procederé en primer lugar a la exposición del contenido de la reforma, para a continuación dar cuenta de las razones que, al parecer, llevaron a su adopción —que, como se verá, hay que buscar en la doctrina de la Junta Electoral Central, auténtica autora intelectual de esta modificación legislativa—, y de las diversas posiciones jurídicas adoptadas en la jurisprudencia respecto de la problemática cuestión que constituye su objeto. Una vez realizada esta exposición, estaremos en condiciones de llevar a cabo un análisis crítico de la nueva redacción del artículo 205.1 de la Ley electoral, desde la doble perspectiva de la naturaleza jurídica de las diputaciones provinciales de régimen común y del derecho de los concejales a ser electores y elegibles en las elecciones a diputados provinciales, análisis que, salvo mejor criterio, conduce —inexorablemente, a mi entender— a las conclusiones señaladas.

2. El objeto y contenido de la reforma: la problemática de la elección de diputados provinciales en los casos de anulación de elecciones municipales

Como es sabido, las diputaciones provinciales de régimen común están configuradas en España como

Gobiernos locales intermedios, de carácter democrático pero de elección indirecta. En otras palabras, los Gobiernos provinciales no son directamente elegidos por los ciudadanos, sino por los concejales de cada partido judicial, y debe añadirse que no por todos ellos, sino únicamente por los concejales de aquellos partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores cuya suma de votos obtenidos con ocasión de las elecciones municipales en cada uno de los partidos judiciales les permita acceder a uno de los escaños disponibles, previo reparto conforme al sistema proporcional corregido por la regla d'Hont.¹ Siendo esto así, es evidente que la elección de los diputados –y por ende, la constitución de las diputaciones– está condicionada por las elecciones municipales, a partir de cuyos resultados se determina el reparto de escaños provinciales entre partidos políticos, coaliciones, federaciones o agrupaciones de electores. Aunque, eso sí, conviene subrayar ya que lo único que las elecciones municipales deciden es ese reparto de escaños entre las formaciones políticas. La elección de los diputados propiamente dicha tiene lugar en una segunda fase, y se realiza exclusivamente entre los concejales electos de cada formación política con derecho a escaño, pudiendo, perfectamente –y así sucede con cierta frecuencia en la práctica–, competir por un mismo escaño concejales electos por una misma formación. De hecho, lo que no es posible es que los concejales de diferentes formaciones políticas con derecho a escaño provincial –a la sazón, los electores y elegibles en este peculiar proceso electoral– compitan entre sí. Tampoco

es posible que concejales electos por un determinado partido político voten a concejales electos por otra formación política.²

En suma, el sistema diseñado en nuestra Ley electoral se caracteriza por constituir un proceso bifásico, al modo siguiente: en una primera fase, los escaños –abstractamente considerados, por así decirlo– se reparten entre los partidos políticos conforme a la regla d'Hont, de acuerdo con los resultados de las elecciones municipales; en la segunda fase, los concejales de cada formación política con derecho a escaño, en una suerte de contienda electoral interna, comparecen ante la Junta Electoral de Zona –como representantes exclusivos de las fracciones partidarias en que previamente ha sido dividido el cuerpo electoral de base, esto es, los ciudadanos– para elegir exclusivamente a uno o varios de sus compañeros de siglas, o ser elegidos por ellos. La primera fase del procedimiento (el reparto de escaños entre formaciones políticas) se regula en el artículo 205 de la Ley electoral; la segunda fase –la elección de diputados propiamente dicha– se rige por lo dispuesto en el artículo 206.

Partiendo de estas premisas, en particular del dato de que el reparto de escaños entre formaciones políticas (primera fase) está exclusivamente determinado por los resultados de las elecciones municipales, e igualmente del hecho de que los electores y elegibles en los comicios provinciales son todos los concejales de las formaciones políticas con derecho a escaño (segunda fase), se comprende que la completa consumación de dichas elecciones municipales deba considerarse un

1. No es este el lugar para proceder a un análisis crítico del singular sistema electoral provincial, que constituye para muchos –entre los que me cuento– el auténtico talón de Aquiles de la institución. En efecto, sin perjuicio de la constitucionalidad del sistema (de cuyo anómalo carácter, no obstante, da fe el hecho de su disconformidad con la Carta Europea de Autonomía Local, para la ratificación de la cual el Reino de España hubo de formular en su día la correspondiente reserva) y de que se haya querido ver en él una suerte de coherencia con la dimensión intermunicipal de las diputaciones, lo cierto es que la peculiar fórmula indirecta de elección de los diputados provinciales ha contribuido enormemente al debilitamiento de estos Gobiernos locales, llevando a un importante sector doctrinal a postular para la provincia (y dicho sea de paso, con bastante éxito) un carácter puramente adjetivo y una naturaleza artificiosa, desvinculada de los intereses de una colectividad histórica y socialmente dada (rasgo del que derivaría, necesariamente, la procedencia de despojarla de toda competencia sustantiva, pues, en efecto, resultaría ilógico atribuir intereses propios y autonomía política a una colectividad en última instancia inexistente, cuya carencia de expresión electoral directa probaría su pretendida artificiosidad, en un típico ejemplo de razonamiento sofístico que invierte el orden de las causas y los efectos, confundiendo estos con aquellas). Lo más grave, sin duda, es que desde un punto de vista sociopolítico –y pese al innegable arraigo, todavía subsistente, de la institución provincial en la mayor parte de nuestro país, en particular en el medio rural, donde su funcionalidad es más patente que en ninguna otra parte– el sistema de elección indirecta ha alejado a las diputaciones de los ciudadanos, abriendo una brecha entre el Gobierno provincial y su natural cuerpo electoral, dificultando su visualización política y la identificación social con las corporaciones provinciales, y otorgando –en contrapartida– a los concejales de las principales formaciones políticas (cuando no a los órganos directivos de dichas formaciones, en virtud de la disciplina interna de los partidos) el monopolio de la toma de decisiones sobre la concreta composición de la Diputación Provincial. Para una completa y fundada crítica de este sistema, puede consultarse el *Libro Verde. Los Gobiernos locales intermedios en España*, elaborado bajo la dirección de Rafael Jiménez Asensio y editado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, en particular su capítulo tercero.

2. Así lo ha señalado la Junta Electoral Central, en su acuerdo de 18 de enero de 2007.

requisito o condición previa de carácter indispensable para que puedan tener lugar las elecciones provinciales. En su redacción original –como veremos, fielmente apegada a esta elemental lógica– el artículo 205.1 de la Ley orgánica de régimen electoral general establecía, literalmente, lo siguiente:

“1. Constituidos todos los ayuntamientos de la respectiva provincia, la Junta Electoral de Zona procede inmediatamente a formar una relación de todos los partidos políticos, coaliciones, federaciones y de cada una de las agrupaciones de electores que hayan obtenido algún concejal dentro de cada partido judicial, ordenándolos en orden decreciente al de los votos obtenidos por cada uno de ellos”.

A su vez, el artículo 205.3 prescribe que “realizada esta operación, la Junta procede a distribuir los puestos que corresponden a los partidos, coaliciones, federaciones y a cada una de las agrupaciones de electores en cada partido judicial mediante la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 163, según el número de votos obtenidos por cada grupo político o cada agrupación de electores”.

Por último, el artículo 206.1 regula el desarrollo de la segunda fase (la elección de los diputados propiamente dicha), disponiendo que “realizada la asignación de puestos de diputados, conforme a los artículos anteriores, la Junta Electoral convocará por separado dentro de los cinco días siguientes a los concejales de los partidos políticos, coaliciones, federaciones y agrupaciones, que hayan obtenido puestos de diputados, para que elijan de entre las listas de candidatos avaladas, al menos, por un tercio de dichos concejales a quienes hayan de ser proclamados diputados, eligiendo, además, tres suplentes, para cubrir por su orden las eventuales vacantes”.

Como puede observarse, esta regulación tiene carácter secuencial, esto es, la segunda fase está absolutamente condicionada por la primera, de tal modo que aquella no puede tener lugar sin esta y, además, su contenido –la identidad de los concejales llamados a la elección– depende en exclusiva del resultado del reparto previo realizado. Sin perjuicio de que a efectos analíticos puedan distinguirse ambas fases, estas, sin embargo, no constituyen procesos autónomos propiamente dichos, y, a lo sumo, podría hablarse de dos piezas separadas y sucesivas en el seno de un mismo procedimiento que tiene una naturaleza unitaria. De ahí que la regulación de la primera fase no pueda desconocer el objeto de la segunda, sino que, en buena

lógica, el legislador deba tener esta a la vista a la hora de configurar aquella. Así era, desde luego, en la redacción original del artículo 205.1, en la que la regla de que estuviesen constituidos todos los ayuntamientos de la provincia aparece como corolario del hecho de que en la segunda fase estén llamados a participar los concejales de todos los ayuntamientos, siempre que hayan sido electos por alguna de las formaciones políticas con derecho a un escaño provincial. A partir de esta premisa, y al menos como regla general, malamente se podría llevar a cabo el proceso electoral provincial en tanto las elecciones municipales estén inconclusas.

En este sentido, la dicción del apartado 1 del artículo 205.1 en su redacción original, que se acaba de citar, no parece revelar ninguna indefinición u oscuridad, sino, por el contrario, una profunda coherencia con el sistema electoral provincial. Su redacción –cuando menos a primera vista– era clara e inequívoca respecto de un concreto punto: para que la Junta Electoral de Zona pudiera proceder a iniciar la primera fase del proceso de elección de los diputados (el reparto de escaños entre formaciones políticas) era exigible, sin ningún tipo de matiz, reserva o excepción, que se hubiesen constituido “todos los ayuntamientos de la respectiva provincia”. Obsérvese que a la Ley ni siquiera parecía bastarle la mera conclusión de las elecciones municipales, con la correspondiente proclamación de electos. Yendo incluso más allá, ordenaba –y sigue ordenándolo como regla general, en la medida en que este primer párrafo del artículo 205.1 no ha sido modificado– que se esperase a la completa constitución de los ayuntamientos, incluyendo la toma de posesión de los concejales electos y la elección de los alcaldes, como una verdadera condición *sine qua non* para que la elección de diputados –y, por ende, la constitución de las diputaciones– pudiese tener lugar.

De ordinario, la constitución de los ayuntamientos debe tener lugar el vigésimo día natural posterior a las elecciones, conforme estipula el artículo 195.1 de la Ley electoral. Sin embargo, en determinados supuestos puede demorarse más allá de este plazo. Así sucede en el caso en que se haya interpuesto un recurso contencioso–electoral contra la proclamación de los concejales electos (supuesto en que la constitución de los consistorios queda aplazada al cuadragésimo día posterior a las elecciones, como también señala el precepto citado), y, naturalmente, en los casos en que dichas elecciones deban repetirse (por haber sido anu-

ladas por decisión judicial) o, simplemente, no hayan podido celebrarse por falta de candidatos.

A primera vista, en estos supuestos, y a la luz de la clara regla establecida en la redacción original del artículo 205.1, la consecuencia jurídica era obvia: si para iniciar el proceso de elecciones provinciales era preciso que estuviesen “constituídos todos los ayuntamientos de la provincia”, entonces, lógicamente, si estos no estaban constituídos en su totalidad no cabía iniciar dicho proceso. Sin embargo, y pese a la aparente claridad de la norma, la realidad es que su aplicación en estos casos ha sido muy controvertida, como tendremos oportunidad de explicar más adelante, hasta el punto de que la Junta Electoral Central llegó a establecer por vía interpretativa –en la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, precedida por reiterados acuerdos en el mismo sentido– que no solo no era preciso esperar a la completa constitución de los consistorios, sino que, por razones de interés público, lo procedente era elegir a los diputados (naturalmente, sin la participación en tal proceso de los futuros concejales electos en los ayuntamientos donde hubieren de repetirse los comicios) y constituir sin más demora las diputaciones provinciales, aun cuando ello fuese en contra del tenor literal de la Ley. Esta solución, sin embargo, no estuvo exenta de polémica: tanto es así que existen dos sentencias judiciales –ambas del Tribunal Superior de Justicia de Galicia– que, en su día, rechazaron resuelta y enérgicamente esta interpretación. Pese a que en fallos posteriores el propio Tribunal Superior de Justicia de Galicia cambió por completo de criterio y pasó a abrazar (con un entusiasmo digno de un converso, si se me permite la expresión) la doctrina de la Junta Electoral Central, la polémica, de uno u otro modo, continuaba latente, en la medida en que la dicción literal del artículo 205.1 resultaba, a todas luces, por entero contraria a tal interpretación. La nueva redacción del precepto que nos ocupa ha tenido por objeto zanjar de una vez por todas esta controversia, acogiendo en sede legislativa la doctrina de la Junta Electoral. El tenor literal de los dos párrafos añadidos al artículo 205.1 por la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero, es el siguiente:

“El proceso de constitución de las diputaciones deberá aplazarse hasta que se hayan resuelto previamente todos los recursos contencioso-electorales contra la

proclamación de concejales electos en los municipios de la provincia.

“En el caso de que deban convocarse nuevas elecciones en algún municipio de la provincia, bien por no haberse presentado ninguna candidatura, bien por haberse anulado total o parcialmente el proceso como consecuencia de los correspondientes recursos contencioso-electorales, no se pospondrá la constitución de la Diputación Provincial, si bien, en el supuesto de que como consecuencia de la celebración de elecciones locales parciales se altere la atribución de puestos en la Diputación Provincial, las Juntas Electorales de Zona deberán realizar las operaciones necesarias para hacer una nueva asignación.”

Como puede observarse, el primero de estos párrafos no hace sino confirmar la regla general que ya contenía el 205.1 en su redacción original, y no introduce, en puridad, innovación alguna respecto de la regulación anterior, pues si existe pendiente algún recurso contencioso-electoral contra la proclamación de concejales electos, es obvio que el Ayuntamiento afectado no podrá constituirse y que, por consiguiente, no ya la constitución de la Diputación, sino la propia elección de diputados, deberá aplazarse. Nada ha añadido, pues, la reforma, en este caso concreto.

En cambio, el segundo párrafo añadido por la Ley orgánica 2/2011 sí incorpora una regla totalmente novedosa³ y, a mayor abundamiento, abiertamente contradictoria con la redacción del artículo 205.1 original que, paradójicamente, se mantiene vigente en tan antinómica compañía. En efecto, si el párrafo primero de este precepto sigue estableciendo la constitución de todos los ayuntamientos como condición necesaria para el inicio del proceso de elección de los diputados, en cambio el párrafo tercero exime de dicha condición en el caso de que hubieren de repetirse las elecciones municipales, ya sea por no haberse celebrado (por falta de candidatos) ya porque se hubiesen anulado, total o parcialmente, por decisión judicial. Eso sí: como regla de cierre del sistema se establece que, si una vez repetidas las elecciones, se alterase la “atribución de puestos en la Diputación” (en lo que parece ser una alusión al reparto de escaños entre formaciones políticas), las “Juntas Electorales de Zona deberán realizar las operaciones necesarias para efectuar una nueva asignación”, rebuscada expresión con la que, en definitiva,

3. Novedosa, claro está, en tanto que norma legal, pues, como se avanzó, el contenido de dicha regla está tomado de la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, de la Junta Electoral Central.

se alude a la necesidad de realizar un nuevo reparto de escaños y una nueva elección de diputados.

Por consiguiente, la reforma mantiene, de una parte, la regla general de la necesidad de constituir todos los ayuntamientos para iniciar el proceso de elección de diputados; pero, de otra, introduce una regla especial, aplicable solo en los dos posibles supuestos de repetición de elecciones “en algún municipio de la provincia” (por no haberse celebrado o por haberse anulado total o parcialmente), supuestos en los cuales no se pospondrá, en ningún caso, “la constitución de la Diputación Provincial” (lo que lógicamente significa que tampoco se pospondrán los trámites previos a dicha constitución, esto es, la elección de diputados, a la que, curiosamente, el texto legal parece en todo momento querer evitar mencionar por su nombre); y solo en caso de que el reparto entre formaciones políticas se altere al repetirse las elecciones (interpretando que la referencia a la “atribución de puestos” se refiera a dicho reparto) procederá una nueva elección de diputados en la circunscripción afectada. Con esta sedicente modificación “de orden técnico” el legislador orgánico parece considerar definitivamente zanjada cualquier posible controversia al respecto. Las cosas, sin embargo, distan mucho de ser tan sencillas.

De entrada, este nuevo párrafo suscita, cuando menos, dos dudas interpretativas. A la primera de ellas ya hemos aludido de pasada, y concierne al significado de la “alteración de la atribución de puestos en la Diputación”, que la norma considera como causa de repetición parcial de las elecciones a diputados. No obstante, esta primera duda no parece difícil de resolver, en el sentido ya señalado: parece obvio que a lo que el legislador se refiere es a los supuestos en que lo que se altere como resultado de la repetición de las elecciones municipales sea el reparto de escaños entre formaciones políticas y no la concreta identidad de los diputa-

dos electos, puesto que esta última eventualidad es, en puridad, de imposible determinación. En efecto, no es posible saber *a priori* si la participación de los concejales del Ayuntamiento donde se han repetido las elecciones podría alterar el resultado de las elecciones a diputados en su partido judicial (ya fuese porque uno de esos concejales se postulase como candidato a diputado, ya porque el concurso de los votos de dichos concejales pudiese alterar el resultado producido en su día). Es, desde luego, perfectamente posible que la participación de dichos concejales en la elección pueda alterar el resultado, pero realmente solo hay un modo de saberlo, que es, justamente, repetir dichas elecciones.⁴ No es, por ejemplo, posible saber de antemano si la presentación como candidato de uno de los concejales que no participaron en la primera elección podría alterar el resultado de la votación (no es ni siquiera posible saber a ciencia cierta –hasta que esta se consume ante la Junta Electoral– si se va a producir o no la presentación de una candidatura determinada). Siendo esto así, es obvio que no cabe interpretar que una norma pueda ser aplicable a un supuesto de hecho de imposible verificación objetiva. Por lo demás, es un hecho que tanto la Ley –por dos veces, en sus artículos 205.3 y 206.1– como la Junta Electoral, en los diversos acuerdos adoptados en la materia, emplean las expresiones “asignación de puestos” o “distribución de puestos” en referencia siempre al reparto de escaños entre formaciones políticas, lo que, en definitiva, despeja cualquier duda interpretativa al respecto.

Tampoco el segundo problema hermenéutico que suscita este párrafo tercero del artículo 205.1 parece difícil de resolver. El problema consiste en que este precepto define el supuesto de hecho para la aplicación de la regla especial que contiene aludiendo a la repetición de las elecciones “en algún municipio de la provincia”, esto es, en singular, y no en plural. En

4. Conviene no olvidar que la elección de diputados no la realizan los partidos políticos (aun cuando en la práctica la disciplina interna de cada partido pueda hacer creer lo contrario), sino sus concejales, y que es legalmente posible la existencia de hasta tres candidaturas diferentes a elegir entre los concejales de un mismo partido político (puesto que solo se exige que dichas candidaturas estén avaladas por un tercio de los concejales llamados a votar). Dicho sea de paso, la limitación a un máximo de tres candidaturas no deriva tampoco de lo dispuesto en la Ley –cuyo artículo 206.1 solamente exige que las listas de candidatos estén avaladas por, al menos, un tercio de los concejales, pero en ningún momento impone restricción alguna a la posibilidad de que un mismo concejal avale varias candidaturas–, sino de la doctrina de la Junta Electoral Central, la cual ha interpretado que “no cabe que un mismo concejal avale a más de una candidatura para la elección de diputados provinciales” (según el acuerdo de la Junta Electoral Central de 1 de julio de 1991), en una interpretación cuando menos de discutible acierto, en la medida en que no tiene apoyo en ninguna norma legal y supone una restricción del derecho de sufragio pasivo tal como lo configura la Ley, al dificultar las condiciones para su ejercicio. El aval es un acto diferente al voto, y es perfectamente posible que un concejal desee apoyar la presentación de más de una candidatura –aunque luego solo vaya a poder votar una de ellas, como es lógico– sin que, a mi entender, existan razones objetivas que aconsejen limitar la capacidad de avalar a diferentes candidaturas cuando la Ley no ha decidido hacerlo así.

principio, se antoja excesivo considerar que el empleo del modo singular en este caso pueda significar que la regla especial del 205.1, párrafo tercero, solo será de aplicación cuando se repitan las elecciones en un único municipio, pero no cuando sean varios los municipios afectados. Lo razonable es pensar que el mismo motivo que llevó a la Ley a prescribir la aplicación de dicha regla especial en el caso de repetición de elecciones en un solo municipio mantiene su vigencia cuando sean varios los municipios en esa situación, lo que conduce a la conclusión de que no hay por qué excluir su aplicación en este segundo caso.

3. Los antecedentes de la reforma: la doctrina de la Junta Electoral Central

Como ya se avanzó líneas atrás, la Junta Electoral Central es la verdadera autora intelectual de la nueva redacción del artículo 205.1 de la Ley. Tanto es así que el segundo de los dos párrafos añadidos a dicho precepto por la reforma no es sino la reproducción clónica del apartado segundo de la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, de la Junta Electoral Central, que fue la que propuso específicamente esta modificación,⁵ incorporada sin más al apartado cincuenta y ocho del artículo único de la proposición de Ley orgánica formulada el 15 de octubre de 2010 por los grupos parlamentarios Socialista, Popular en el Congreso, Catalán (Convergència i Unió) y Vasco (EAJ-PNV). Este concreto punto de la reforma no llegó a ser objeto de debate en ningún momento, en ninguna de las dos cámaras.⁶

La Instrucción 9/2007, de 19 de junio, de la Junta Electoral Central (publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 148, de 21 de junio de ese año), es, pues,

el antecedente directo e inmediato de esta reforma legislativa. El texto de la Instrucción es breve, y su contenido no precisa ser reiterado, pues es prácticamente idéntico al que se ha plasmado en los dos párrafos ahora añadidos al artículo 205.1, ya comentados. Esta doctrina no es, desde luego, novedosa: como señala la exposición de motivos de la propia Instrucción, la Junta ya se había pronunciado sobre esta cuestión en diferentes acuerdos anteriores, distinguiendo, de una parte, los supuestos de repetición de elecciones (bien sea por su anulación, bien por la imposibilidad de su celebración por falta de candidatos), y, de otra, los de interposición de recursos contencioso-electorales. En el primer caso, la Junta Electoral había defendido siempre la tesis de la innecesariedad de aguardar a dicha repetición para iniciar el proceso de elección de diputados. Así lo manifestó, por ejemplo, en el acuerdo de 30 de junio de 1987, en respuesta a una consulta formulada por la Junta Electoral de Zona de Benavente (Zamora), en un supuesto en el que no se había presentado ninguna candidatura en un determinado municipio, y teniendo en cuenta que los resultados de las elecciones locales en tal Ayuntamiento no afectarían al reparto de diputados. En el mismo sentido se pronunció en el acuerdo de 10 de julio de 2003 (a propósito de la constitución de la Diputación Provincial de A Coruña tras las elecciones de aquel año, en que se habían anulado los comicios en el municipio de Fisterra).

En el segundo caso –esto es, en el supuesto de que simplemente se haya interpuesto un recurso contencioso-electoral– la doctrina de la Junta ha manifestado en cambio alguna vacilación. Si bien la tendencia general ha sido la de entender que en estos casos sí era obligatorio esperar a la resolución de los recursos y a la constitución de los ayuntamientos⁷ (y así se manifiesta

5. Concretamente, en el apartado undécimo de su Informe de 20 de enero de 2009 –emitido a instancias de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, impulsora de la reforma–.

6. Únicamente cabe reseñar la formulación al respecto de una enmienda –la número 79– por la diputada del Grupo Mixto doña Rosa M.^a Díez González, que contemplaba (a mi juicio, acertadamente) la supresión de esos dos párrafos adicionales en el artículo 205.1. No obstante, lo cierto es que la motivación de dicha enmienda no pudo ser más escueta, limitándose a justificarla con dos palabras: “mejora técnica”. Este hecho, unido al amplio contenido de la reforma (que, como es sabido, afectó a numerosos artículos de la LOREG, algunos de ellos de enorme trascendencia), motivó, sin duda, que la cuestión que nos ocupa quedase relegada al silencio durante los debates parlamentarios, centrados en otros aspectos de la proposición de Ley. Ni que decir tiene, la enmienda de la señora Díez fue rechazada ya con ocasión del dictamen de la Comisión Constitucional (que vino a reproducir el Informe de la Ponencia) y, pese a su mantenimiento por su autora de cara al debate plenario en el Congreso, no volvería a reaparecer en toda la tramitación parlamentaria restante hasta la aprobación definitiva de la Ley orgánica, en la que figura como apartado cincuenta y nueve de su artículo único.

7. Naturalmente, siempre y cuando la resolución de tales recursos no tuviese como consecuencia la anulación y consiguiente repetición, total o parcial, de las elecciones municipales, en cuyo caso nos encontraríamos en el supuesto anterior.

en acuerdo de 30 de junio de 1987, en respuesta a consultas formuladas por las Juntas Electorales de Zona de Almería y Zamora), en cambio, en un acuerdo adoptado en respuesta a una consulta de la Diputación Provincial de Huesca, de fecha 12 de abril de 2007, afirmó tajantemente que “no se pospone la constitución de una Diputación Provincial en el supuesto de interposición de recurso contencioso-electoral”. La contradicción con el anterior pronunciamiento de 30 de junio de 1987 es tan flagrante como inexplicable, y no creo aventurado conjeturar que la conciencia de haber incurrido en dicha contradicción estuvo en parte en el origen de la Instrucción 9/2007, dictada apenas dos meses después de que se hubiese dado semejante respuesta a la Diputación de Huesca, y en la que, nuevamente, se vuelve al criterio original, ya fijado veinte años atrás, según el cual en el caso de interposición de recurso contencioso-electoral contra la proclamación de electos sí era preceptivo esperar a su resolución, de acuerdo con la dicción literal del artículo 205.1 entonces vigente.

No deja de ser elocuente de la situación de confusión creada por este brusco cambio de criterio de la Junta Electoral el posterior acuerdo de 6 de julio de 2007, en el cual se indicó que “como complemento de la Instrucción 9/2007, de 19 de junio de 2007, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del artículo 205.1 de la LOREG en lo que se refiere al momento de iniciar las operaciones tendentes a constituir las diputaciones provinciales en el supuesto de que se planteen recursos contencioso-electorales o deban convocarse nuevas elecciones en algún municipio de la provincia, se comunica que, en el caso de que con anterioridad a su notificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado se haya llevado a cabo la elección de diputados provinciales, dicha elección será válida en la medida en que los resultados de esta no puedan verse alterados como consecuencia de los recursos contencioso-electorales interpuestos”. La razón de ser de este acuerdo complementario de la Junta Electoral semeja clara: dado que el 12 de abril de 2007 habían declarado que si se planteaban recursos contencioso-electorales no era necesario posponer las elecciones de diputados,⁸ para, posteriormente, el 19 de junio, declarar justamente lo contrario a través de la citada Instrucción (cuyo contenido no se haría público en el

BOE hasta el 21 de junio), es evidente que cabía, cuando menos, la posibilidad de que —como efectivamente sucedió— algunas Juntas Electorales de Zona, siguiendo el tajante criterio manifestado en el acuerdo de 12 de abril, hubiesen procedido a la elección y proclamación de los diputados sin esperar a la resolución de los recursos, en franca contradicción con la posterior Instrucción de 19 de junio. Ni que decir tiene, el acuerdo de 6 de julio de la Junta Electoral Central resolvió el problema de modo expeditivo y sin demasiadas contemplaciones, declarando en cualquier caso válidas las elecciones de diputados celebradas, por muy contrarias que fuesen al criterio finalmente decantado en la Instrucción, siempre que “los resultados de esta no puedan verse alterados como consecuencia de los recursos contencioso-electorales interpuestos”. La lectura de este inciso suscita una vez más la pregunta de a qué se refiere la Junta cuando habla de alteración de resultados de las elecciones provinciales: ¿se refiere al reparto de escaños entre formaciones políticas, o cabe entender que se refiere a la identidad de los diputados electos? Como ya vimos en su momento, solo cabe interpretar que se refiera al reparto de escaños, por cuanto el segundo supuesto es, en sentido estricto, de imposible verificación. En cualquier caso, la anécdota que encierra este acuerdo complementario de 6 de julio es sumamente reveladora. De una parte, muestra una cierta falta de rigor de la Junta en este asunto, contradiciéndose gravemente y sin siquiera un porqué aparente en una cuestión de enorme trascendencia y en un lapso de apenas dos meses. Pero, sobre todo, lo que denuncia este acuerdo es uno de los ejes argumentales en que se basa la doctrina de la Junta, la cual gira en torno a la idea de que lo decisivo, lo esencial en la elección de diputados, no es tanto la identidad de los elegidos, sino, de forma casi exclusiva, el reparto de escaños entre partidos políticos. En efecto, para la Junta solo la alteración de este último es causa suficiente para repetir las elecciones a diputados. En cambio, la elección propiamente dicha, esto es, el que sea electa una persona u otra, y, por ende, el derecho a ser elector y elegible del concejal, parece ser para la Junta un dato absolutamente irrelevante.

Pero, y al hilo de ello, cabe preguntarse ya en qué argumentos basa la Junta esta doctrina. Sin entrar a

8. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, aunque se trataba de la respuesta a una consulta formulada por la Diputación de Huesca, su contenido, como era de esperar, se había difundido ya ampliamente entre los operadores jurídicos del mundo local.

prejuzar ahora si esta es o no correcta, desde luego sí es evidente que contradecía de modo frontal el tenor literal del artículo 205.1, contradicción que, por sí sola, exigiría un mínimo esfuerzo argumentativo que la justificase. Lo cierto es que la Instrucción constituye un ejemplo extremo del don de la brevedad, pero en cambio carece por completo de la virtud de la transparencia argumental. En su magra exposición de motivos, la Junta explica que “el artículo 205 de la LOREG establece la exigencia de que estén constituidos todos los ayuntamientos en la respectiva provincia para que la Junta Electoral de Zona comience a realizar las operaciones de distribución de diputados provinciales entre las diferentes formaciones políticas”, y añade a renglón seguido que “la interpretación de dicho precepto ha dado lugar a diferentes acuerdos de esta Junta, en los que se han establecido matices diversos sobre el alcance del aplazamiento de la constitución de las diputaciones provinciales en el supuesto en que se hayan interpuesto recursos contencioso-electorales relativos al escrutinio en los municipios del correspondiente partido judicial o cuando deban celebrarse nuevas elecciones municipales por no haberse presentado ninguna lista de candidatos o por haber sido anulada total o parcialmente la elección en alguno de los municipios afectados”. Continúa la exposición de motivos diciendo que “en dichos acuerdos se ha intentado conciliar el derecho de cualquier concejal a formar parte de la Diputación Provincial –y, en consecuencia, a que se aplase la constitución de la corporación provincial hasta que hayan sido expedidas sus credenciales de electos que les permita ser candidatos– con la exigencia institucional de no retrasar en exceso la constitución de las diputaciones provinciales y mantener a diputaciones en funciones”. Por último, afirma la Junta que,

pese a los acuerdos dictados hasta la fecha, parece ser que respecto de la cuestión tratada “siguen existiendo dudas interpretativas, como lo demuestran las numerosas consultas de juntas electorales, de diputaciones provinciales y de formaciones políticas que han llegado a esta Junta, lo que hace aconsejable fijar un criterio interpretativo general que aclare esta cuestión”. Cabe añadir que, desde luego, no es extraño que existiesen dichas dudas interpretativas, y que fue más bien la propia Junta Electoral su causante, al haber postulado interpretaciones totalmente contradictorias –como resulta de la comparación de los acuerdos de 30 de junio de 1987 y 12 de abril de 2007, relativos al supuesto de interposición de recursos contencioso-electorales– a las cuales la Instrucción no hace mención alguna, camuflándolas bajo el piadoso eufemismo de “matices diversos”. De otra parte, resulta llamativo el hecho de que la exposición de motivos de la Instrucción omitiese que, en ese momento, existían dos sentencias judiciales firmes del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictadas en el año 2003 –a las que aludiremos más adelante– que rechazaban por completo su doctrina. En cualquier caso, de la exposición de motivos de la Instrucción solo cabe deducir una única razón que justifique la interpretación efectuada, y esta se cifra en la supuesta necesidad de conciliar el derecho de los futuros concejales de los ayuntamientos sometidos a repetición de elecciones a ser electores y elegibles como diputados con la “exigencia institucional” de que las nuevas diputaciones se constituyan en un plazo razonable y no se prolongue en exceso la situación de mantenimiento en funciones de las viejas diputaciones, cuyo mandato se entiende ha expirado ya.⁹ Para la Junta Electoral, pues, lo que existe es un conflicto entre el derecho de los concejales a ser electores y elegibles

9. Digo que se entiende porque, realmente, la Ley no dice cuándo cesa el mandato de los diputados provinciales. La única regulación al respecto se refiere a los concejales de los ayuntamientos, y, por cierto, constituye un curioso ejemplo de mala técnica normativa. En efecto, el artículo 194.1 de la LOREG establece que “el mandato de los miembros de los ayuntamientos es de cuatro años contados a partir de la fecha de su elección en los términos previstos en el artículo 42, apartado 3, de esta Ley orgánica”. Pues bien: este artículo 42.3 señala con toda lógica que dicho mandato expira en todo caso “el día anterior al de la celebración de las siguientes elecciones”. Como las elecciones son el cuarto domingo de mayo, y este no siempre coincide en la misma fecha, dicho mandato no siempre será de cuatro años. En todo caso, estos preceptos se refieren a los concejales, y no existe una norma equivalente para los diputados provinciales, lo que, una vez más, abre el campo a la duda. Cabe postular la aplicación analógica de la regla del artículo 42.3, desde luego, pero incluso esto es problemático, porque, ¿cuáles han de ser las “siguientes elecciones” que se tomen como referencia final del mandato: las municipales o las provinciales? Parece razonable entender que la referencia la deben constituir las elecciones municipales, partiendo de la consideración del mandato provincial como un mandato derivado del municipal que, por consiguiente, extinguiría su vigencia al agotarse la de este último. Tal es, por lo demás, el criterio manifestado por la propia Junta Electoral Central, como se deduce de la exposición de motivos de esta Instrucción de 19 de junio.

y la “exigencia institucional” (obsérvese que se habla de “exigencia”, y no de una mera conveniencia) de no retrasar la constitución de las nuevas diputaciones, y es ese conflicto el que, a su entender, hace necesaria su interpretación. El acuerdo de 30 de junio de 1987 en respuesta a la consulta de la Junta Electoral de Zona de Benavente arroja algo de luz a este respecto, al comparar el supuesto de demora por repetición de elecciones con el de demora por mera interposición de un recurso contencioso-electoral. En este acuerdo, la Junta Electoral Central señala que “la no presentación de candidatura en un municipio es un supuesto distinto al de interposición de recurso contencioso-electoral contra la proclamación de concejales electos, ya que en el primer caso, y de conformidad con el artículo 181 de la Ley electoral, se procede en el plazo de tres meses¹⁰ a la celebración de elecciones parciales en dicha circunscripción, mientras que en el segundo se pospone la constitución de la corporación municipal hasta el cuadragésimo día posterior a las elecciones”. Ni que decir tiene, es evidente que se trata de supuestos diferentes, por múltiples motivos. Pero obsérvese que para la Junta Electoral Central la diferencia relevante (pues es la única que se invoca en ese acuerdo) reside en el plazo de demora que, a su entender, se producirá en uno u otro caso: tres meses (o, subsanado el error de la Junta, seis) en un supuesto, cuarenta días en el otro. En este único dato parece asentarse su doctrina: en el menor o mayor tiempo que exija la resolución de la incidencia que, en principio, impediría la celebración de las elecciones provinciales conforme al tenor literal del artículo 205.1. Si la demora es solo de cuarenta días, el artículo 205.1 debe aplicarse sin más. Pero si se trata de tres o seis meses, hay que interpretar que no es de aplicación, porque ello pugnaría con la aludida “exigencia institucional” de que las diputaciones se constituyan en un plazo breve.

Tal es, en síntesis, la doctrina de la Junta Electoral: a su entender, los trastornos o perjuicios que puede causar la demora en la constitución de las diputaciones (entre los que, aunque la Junta no los especifique, cabría considerar la anomalía institucional que supone el mantenimiento de Gobiernos provinciales en funciones, limitados desde el punto de vista operativo y excediendo del mandato para el que fueron elegidos, mientras se retrasa –supuestamente– la puesta en práctica del nuevo mandato emanado de la voluntad popular expresada en las urnas), impedirían la aplicación literal del artículo 205.1 en su redacción original, y obligarían a proceder de inmediato a la elección de los nuevos diputados; naturalmente, sin contar en dicho proceso con los futuros concejales del Ayuntamiento afectado por la repetición, cuyo derecho de sufragio activo y pasivo debería ceder a favor de esa superior “exigencia institucional”, toda vez que solo en el caso de que la repetición de las elecciones municipales pudiese alterar el reparto de escaños entre partidos políticos habría lugar a una repetición de las elecciones provinciales.

4. Un caso peculiar: la sentencia de 1 de julio de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia

La doctrina de la Junta Electoral Central que se acaba de exponer, plasmada en la Instrucción 9/2007 de 19 de junio, es la que se encuentra en el origen de la reforma, pero no ha sido la única opinión jurídica autorizada vertida sobre este asunto. Hasta la fecha de la reforma se habían dictado diversas sentencias sobre la aplicación del artículo 205.1 de la Ley electoral, con pronunciamientos contradictorios: en concreto, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (en apariencia, favorable a la tesis de la Junta Electro-

10. La referencia al plazo de tres meses contenida en este acuerdo de la Junta ha de ser un error de transcripción, ya que el plazo, según el citado artículo 181 de la Ley, es de seis meses en estos casos, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de repetición por anulación de elecciones, en que es de tres, conforme al artículo 113.2.d). En todo caso, a los efectos del razonamiento de la Junta Electoral que se trata de ilustrar, la cuestión parece irrelevante. No obstante, conviene precisar ya que el supuesto de repetición de elecciones por falta de candidatos merece un tratamiento por entero diferente al de repetición de elecciones debida a su anulación. La diferencia entre ambos supuestos es obvia: en el caso de repetición por falta de candidatos, no puede hablarse en propiedad de privación a los futuros concejales del derecho a ser electores y elegibles como diputados, por cuanto, si nadie se ha presentado a las elecciones, nadie podrá invocar un derecho para cuya adquisición es preciso realizar un acto –presentar la candidatura– que no se ha llevado a cabo. En cambio, en el caso de repetición por anulación, sí hay unos candidatos que podrían ver vulnerado su derecho a ser electores y elegibles como diputados en caso de que no se aplazasen las elecciones provinciales hasta la consumación del proceso electoral municipal.

ral Central, pero como veremos, opuesta en realidad a dicha doctrina) y cuatro sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de las cuales dos fueron abiertamente contrarias a dicha tesis y otras dos, en cambio –las últimas en dictarse, ya con posterioridad a la Instrucción de 2007–, avalaron el criterio de la Junta. A mayores, hay que hacer constar la existencia de una sentencia del Tribunal Supremo, dictada en un proceso de impugnación directa de la Instrucción 9/2007, a la que haremos referencia en su momento.

Cronológicamente hablando, la primera de las sentencias es la de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (sentencia núm. 956/2003, de 1 de julio), de la que fue ponente el magistrado don José Díaz Delgado. Para una correcta comprensión de esta sentencia es imprescindible tener en cuenta sus peculiares antecedentes de hecho, que en síntesis fueron los siguientes: en un Ayuntamiento de la provincia de Alicante –el de Benidorm, concretamente– tenían que repetirse parcialmente las elecciones municipales como consecuencia de su anulación por sentencia judicial. Paralelamente, en el partido judicial de Alicante –del que dicho Ayuntamiento no forma parte, dato que, como veremos, resulta esencial– se habían celebrado las elecciones a diputados provinciales, habiendo sido convocados todos los concejales electos de todos los ayuntamientos de dicho partido judicial que pertenecían a formaciones políticas con derecho a escaño. En el caso de un determinado partido político se habían presentado dos candidaturas (cada una de ellas avalada por al menos un tercio de sus concejales), alzándose con la victoria electoral una de ellas que, al parecer, no coincidía con la línea oficial del correspondiente partido. Ante esta situación, este partido político interpuso recurso contencioso-electoral contra el acto de proclamación de diputados electos, basándose en una supuesta infracción del artículo 205.1 de la Ley al no haberse esperado a la repetición de las elecciones en el municipio de Benidorm (que, insisto, no pertenecía al partido judicial donde se realizaron las elecciones provinciales impugnadas).

El Tribunal Superior de Justicia de Valencia rechazó este recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

– En primer lugar, entendió que frente a la interpretación literal del artículo 205.1, “ha de prevalecer la finalista de la norma y, si se quiere, el sentido común. Y no tendría razón alguna el paralizar un proceso electoral y por ende la designación de diputados provinciales porque un Ayuntamiento de la provincia, pero de distinto partido judicial y que en consecuencia para nada iba a afectar al recurrente, no se hubiera constituido”.

– En segundo lugar, considera la Sala que “la doctrina de los actos propios tampoco favorece al recurrente, pues pese a ser consciente de dicha situación no dudó en presentar candidatura para la elección de diputados”.

– Más interés, si cabe, encierra el razonamiento de la Sala recogido en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, en el que acertadamente se subraya que “nos encontramos ante una elección de segundo grado, realizada entre los concejales electos, sin ningún tipo de cortapisa, por lo que mal podría quedar ese derecho de participación política que la ley les da, y consagrado además en el artículo 23.2 de la Constitución española, en manos de la decisión del partido o, lo que sería más grave, de su representante. En ese caso sobraría la votación, prevista en el artículo 206 de la LOREG, y bastaría simplemente con que el representante comunicara a la Junta quiénes eran los diputados ‘designados’ por el partido político correspondiente”. Y añade que “si el procedimiento prevé la reunión de todos los concejales de un partido, exige listas completas con suplentes y prevé la elección entre las listas presentadas, es evidente que permite no solo la lista oficial del partido, sino cualquier otra alternativa que reúna los requisitos legales”.

Hasta aquí, los argumentos de la Sala.¹¹ A primera vista, podría pensarse que esta sentencia del Tribunal valenciano, al rechazar la interpretación literal del artículo 205.1 y la consiguiente necesidad de aplazar las elecciones de diputados provinciales, está avalando la doctrina de la Junta Electoral Central que tuvimos ocasión de exponer en el epígrafe anterior. Pero basta con detenerse mínimamente en la argumentación de fondo esgrimida por el Tribunal para comprender que esta sentencia es, en realidad, contraria a la doctrina de la Junta, y que solo en virtud de una casualidad deriva-

11. En esta sentencia se estudia también la cuestión de si es necesaria la aplicación al procedimiento de elección de diputados de la regla d’Hont contenida en el artículo 163 de la Ley, por vía supletoria, decantándose la Sala por desestimar la necesidad de dicha aplicación, con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta interesante cuestión, sin embargo, escapa a los límites del presente trabajo, por lo que podemos prescindir de su análisis.

da de las peculiares circunstancias del caso se produce una coincidencia en cuanto a la innecesiedad de aplazar las elecciones provinciales en un concretísimo supuesto de hecho, discrepando en cambio de modo esencial de los argumentos en que se basa la Junta Electoral. Vimos, en su momento, que para la Junta la cuestión se cifra en un supuesto conflicto entre el derecho de los concejales a ser electores y elegibles como diputados, de una parte, y de otra la “exigencia institucional” de una rápida constitución de las nuevas diputaciones. En cambio, en el caso de autos este presunto conflicto está por completo ausente. No solo no se plantea, sino que es simplemente inconcebible, puesto que el municipio en el que han de repetirse las elecciones no forma parte del partido judicial donde se celebraron las impugnadas. Este dato es esencial, y a la vista de los argumentos manejados por el Tribunal valenciano es perfectamente lícito conjeturar que, de no haber sido así (esto es, si el Ayuntamiento donde habían de repetirse las elecciones hubiese formado parte del partido judicial alicantino), el fallo judicial hubiese sido totalmente diferente. El hecho es que el fundamento de la interpretación finalista dada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia al artículo 205.1 nada tiene que ver con la interpretación ofrecida por la Junta, ya que el eje de la argumentación del Tribunal es precisamente la salvaguarda del derecho de los concejales a ser electores y elegibles como diputados (que es justo el elemento que la Junta Electoral sacrifica en su doctrina). El Tribunal valenciano demuestra así una perfecta comprensión de la lógica secuencial con que la Ley regulaba las elecciones de diputados provinciales, y, en particular, de la exigencia de que previamente estuviesen constituidos “todos los ayuntamientos de la provincia”, exigencia que la Sala conecta, acertadamente, con el derecho de sufragio activo y pasivo de los concejales. O lo que es lo mismo: la interpretación teleológica del 205.1 exige la previa constitución de los ayuntamientos porque esta es necesaria, por lo general, para garantizar el derecho de los concejales a ser electores y elegibles: esa, y no otra, es la finalidad de la norma. Ahora bien: si en un supuesto como el de autos ese derecho de sufragio no se ve afectado, entonces la razón de ser de la regla del artículo 205.1 decae, y su interpretación teleológica permite, por tanto, su inaplicación. De ahí que quepa afirmar que si ese derecho de sufragio se hubiese visto afectado el Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana hubiese, coherentemente, adoptado otra solución. Basta

observar cómo en el fundamento jurídico tercero de la sentencia el Tribunal valenciano pone el acento en el derecho de sufragio pasivo y activo de los concejales –derecho que, con toda razón, considera amparado por el artículo 23.2 de la Constitución– para entender que la voluntad que anima al juzgador es exactamente la contraria a la manifestada por la Junta Electoral: lo que el Tribunal valenciano desea es ante todo proteger el derecho de los concejales a ser electores y elegibles, y la concreta manifestación de su ejercicio en el acto impugnado, por encima de cualquier otra consideración y en particular frente a las pretensiones del partido político al que dichos concejales pertenecían, en tanto que la doctrina de la Junta Electoral sacrifica ese derecho en aras de una supuesta “exigencia institucional” de agilidad del proceso de elecciones provinciales, y solo en el caso en que se vea afectado el reparto de escaños entre partidos políticos admite la necesidad de repetir las elecciones de diputados –y por tanto la posibilidad de realizar el derecho de sufragio de los concejales del Ayuntamiento en que se han de repetir las elecciones–, con lo que (de nuevo en contradicción con el criterio de la Sala valenciana) está de hecho supeditando el derecho de los concejales al de los partidos políticos.

Por consiguiente, y contra lo que la conclusión expresada en el fallo pudiera hacer pensar, esta primera sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia puede considerarse como claramente contraria a la doctrina de la Junta Electoral Central en la materia.

5. Un ejemplo de jurisprudencia mutante: el giro doctrinal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Ese mismo año –2003– vieron la luz dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que, resueltamente, se opusieron a la doctrina de la Junta Electoral Central en términos, como veremos, hartamente contundentes. Se trata de las sentencias núm. 786/2003, de 15 de septiembre, y 847/2003, de 8 de octubre, dictadas en sendos procesos especiales de protección de derechos fundamentales a instancias de candidatos a ser concejales en el municipio coruñés de Fisterra. En este pequeño municipio de la Costa da Morte se habían anulado las elecciones municipales, lo que obligaba a su repetición. Ante esta situación, la Junta Electoral Central, previa consulta de la Junta Electoral de Zona

de Corcubión, dictaminó –en el acuerdo de 10 de julio de 2003, al que ya hicimos referencia en el epígrafe 3– que en modo alguno habían de aplazarse las elecciones provinciales, debiendo, por el contrario, procederse a celebrarlas sin demora. Así lo hizo la Junta Electoral de Zona de Corcubión, para lo cual, obviamente, hubo de prescindir de los candidatos a concejales en ese municipio. Ante esta situación, dos de ellos –pertenecientes a distintos partidos políticos– instaron el amparo del Tribunal Superior de Justicia, al considerar que la elección efectuada sin su participación constituía una vulneración de su derecho fundamental a ser electores y elegibles como diputados (derecho fundamental, en tanto que modalidad del derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad que consagra el artículo 23.2 de la Constitución), dando lugar a los dos recursos resueltos por estas sentencias. De ahí que quepa calificar a estas sentencias como hermanas gemelas (aun cuando sean obra de distintos ponentes de la Sección 1.ª de la Sala: el magistrado don Benigno López González en la sentencia núm. 786/2003 y el magistrado don Fernando Seoane Pesqueira en la sentencia núm. 847/2003), pues ambas tienen un origen prácticamente idéntico, y ambas manejan la misma argumentación jurídica, que puede resumirse como sigue:

– En primer término, la Sala considera plenamente admisible en estos casos el empleo del proceso especial para la protección de derechos fundamentales –previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa–, rechazando la posición manifestada de adverso por la Abogacía del Estado, que consideraba inadmisibles tal recurso especial y entendía que contra el acuerdo de proclamación de electos de la Junta Electoral de Zona de Corcubión solo cabía el recurso contencioso-electoral. Ello es así porque si bien lo que se ventila en este pleito parece ser una mera cuestión de legalidad ordinaria (la supuesta infracción del artículo 205.1 de la Ley electoral), sin embargo, y tal como advierten ambas sentencias en su fundamento jurídico 3.º, “la conculcación del citado artículo 205 presenta una vertiente que incide claramente en el ámbito de los derechos fundamentales de los recurrentes que, en cuanto pueden ver afectados sus derechos constitucionales, tienen expedita la vía procesal por ellos elegida”. A mayor abundamiento, la segunda de ellas, esto es, la sentencia núm. 847/2003, dedica los primeros tres párrafos de su fundamento jurídico 4.º a ofrecer una

acertada síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, de la que interesa destacar, en primer lugar, que “dicho derecho del artículo 23.2, en su faceta de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, comprende el de ser elegido para formar parte de cualquier órgano de naturaleza representativa, como lo son las diputaciones provinciales, como ha declarado la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 154/2003, de 17 de julio”; en segundo lugar, que este derecho constitucional es un derecho de configuración legal, esto es, cuyo contenido es definido por el legislador con un amplio margen de libertad, de lo que deriva, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 71/1989, de 20 de abril, “la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral”, si bien matizando, lógicamente, que ello no significa que cualquier vulneración de la legalidad electoral implique violación de ese derecho fundamental, sino solo aquellas en las que las “irregularidades o anomalías afecten al resultado final de la elección para poder apreciar la existencia de una lesión real y efectiva del derecho de sufragio pasivo”; y, en tercer lugar, que dicho derecho fundamental está directamente relacionado con el derecho de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos, consagrado en el artículo 23.1 de la Constitución, toda vez que, según ha declarado la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/2001, de 23 de abril, “son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos” (en el caso que nos ocupa, los concejales llamados a participar en la elección de diputados) “quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos”.

– Partiendo de estas premisas, la Sala razona que, al no haber aguardado la Junta Electoral de Zona de Corcubión a que se repitiesen las elecciones en Fisterra y se constituyese dicho Ayuntamiento, se había conculcado, no solo la legalidad ordinaria encarnada en los artículos 205 y 206 de la Ley, sino, además, el derecho fundamental de los demandantes de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, al igual que el de los vecinos de Fisterra a la participación en los asuntos públicos. Merece la pena reproducir el pasaje del fundamento jurídico 4.º de ambas sentencias en que se expresa esta conclusión, a fin de poder apreciar

la contundencia verbal con que la Sala se manifiesta: “Por más que la Abogacía del Estado y la representación del codemandado se esfuercen en defender su postura de que por encima del derecho de los electores de esa mesa de Fisterra, del derecho que correspondería a quienes puedan resultar concejales electos en dicho municipio y del que podría corresponder a estos para ser nominados diputados, debe primar el derecho de los ya proclamados o el del conjunto del electorado de la provincia, obviamente muy superior en número al de los electores de una concreta mesa, no puede ser aceptada so pena de hacer caso omiso de un precepto legal tan claro y concluyente como el recogido en el repetido artículo 205 de la LOREG. Hasta aquí podríamos decir que nos movemos en el plano de la más estricta legalidad ordinaria, pero no es así, toda vez que ese incumplimiento del indicado precepto legal (...) resulta manifiestamente cercenador, aun cuando sea de modo involuntario, del derecho de los demandantes a tomar parte en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, pues no debe olvidarse que los actores se verían privados de su derecho a postular y ser postulados en el ámbito del proceso constitutivo de la Diputación Provincial, del mismo modo que se les estaría discriminando al no poder acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”.

– No acaban aquí los argumentos de la Sala. Tanto la Abogacía del Estado como los codemandados (en ambos casos, diputados electos en virtud del acuerdo de la Junta Electoral de Zona objeto de impugnación) habían manifestado la posibilidad de conciliar el derecho de los demandantes a ser electores y elegibles con el de los propios codemandados a tomar posesión y ejercer sus cargos y con el interés público en constituir en un plazo razonable la nueva Diputación, planteando como solución la constitución provisional de esta, y una vez celebrada la nueva elección en la mesa anulada, proceder a una nueva elección y proclamación de diputados en el partido judicial. El Tribunal rechaza enérgicamente este argumento, e incluso en la primera de las sentencias –la núm. 786/2003– no puede reprimir el empleo de cierta ironía al respecto: “la salida airosa que invocan tanto el abogado del Estado como la representación del codemandado (...) no encuentra sustento alguno en el ordenamiento jurídico español”, puesto que la Sala, “por más que ha rebuscado en la normativa aplicable no ha encontrado precepto alguno que ampare la pretensión aludida de constitución provisora del organismo provincial, del mismo modo que

tampoco se contempla la posibilidad de remoción de candidatos proclamados y posesionados en sus cargos; si lo que con esa salida airosa se perseguía era cubrir esa situación de transitoriedad en el Gobierno provincial derivada de la falta de constitución de todos los ayuntamientos de la provincia, para ese viaje no hacían falta alforjas, por cuanto para esos casos de transitoriedad ya se establece la figura de la prolongación de funciones a la corporación saliente”. El evidente tono irónico que esmalta estos argumentos desaparece en la redacción de la segunda de las sentencias gemelas –la núm. 847/2003–, pero su contundencia expresiva no es en modo alguno menor.

– Resta advertir que, al hilo de este último argumento, el Tribunal gallego apunta además una posible –y más que razonable– solución a los problemas que el retraso en la constitución de la nueva Diputación puede acarrear. Y es que, como se afirma en el fundamento jurídico 4.º de ambas resoluciones, la anulación judicial de las elecciones en una mesa de Fisterra “ordenaba la repetición de la votación dentro de los tres meses siguientes a su firmeza; si se ha rebasado con creces dicho término, no cabe atribuir a este Tribunal el citado retraso”. En efecto, en los casos de anulación de elecciones, estas deben repetirse, como prescribe el artículo 113.2.d) de la Ley, “en todo caso en el plazo de tres meses a partir de la sentencia”. Pero ese plazo –correctamente calificado como término por la Sala– es un plazo máximo, esto es, un plazo dentro del cual se deben repetir las elecciones, pero que no necesariamente debe ser agotado. Implícitamente, pues, de lo manifestado por el Tribunal gallego se desprende una posible solución a la problemática estudiada, sin merma de los derechos fundamentales de nadie: si de lo que se trata es de no demorar en exceso el proceso de constitución de las elecciones, para ello basta con que el Consejo de Ministros acelere el trámite de convocatoria de las elecciones parciales que han de repetirse, para lo cual, desde luego, no es preciso agotar el plazo máximo de tres meses previsto en la Ley.

A todas luces, se miren como miren, estas dos sentencias supusieron un fuerte varapalo a la doctrina de la Junta Electoral Central, a la que podemos considerar representada en este proceso a través de la Abogacía del Estado (que representaba a la Junta de Zona de Corcubión, la cual, sin embargo, actuó siguiendo un criterio expresamente marcado por la Junta Electoral Central en el acuerdo de 10 de julio de 2003). El Tribunal Superior de Justicia de Galicia rechazó sin paliativos

las tesis de la Junta, cuya existencia conocía indudablemente –pues la base del acto impugnado era precisamente un acuerdo de la Junta Electoral Central–, empleando además para ello una argumentación que en modo alguno contradecía a la esgrimida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en la sentencia de 1 de julio de 2003 ya comentada, y que por el contrario se puede considerar como un desarrollo coherente de esta última, en la medida en que ambas parten de una interpretación común de la regla del párrafo primero del artículo 205.1, como norma teleológicamente ordenada a garantizar el derecho de los concejales electos a ser electores y elegibles como diputados, derecho que ambos tribunales no dudaron en considerar incardinado en el derecho fundamental que consagra el artículo 23.2 de la Constitución.

Pero, como sabemos, este severo y reiterado correctivo judicial fue totalmente ignorado por la Junta Electoral Central, que mantuvo invariable su tesis (la cual incluso llevó a su extremo más radical en el acuerdo de 12 de abril de 2007, en el que llegó a extender la improcedencia de aplazar las elecciones de diputados a los supuestos de mera interposición de recurso contencioso-electoral), plasmando esta, finalmente, en la tantas veces citada Instrucción de 19 de junio de 2007. Ese mismo año, el conflicto jurídico que en 2003 había tenido por escenario el municipio coruñés de Fisterra se reprodujo en el municipio orensano de Arnoia, donde las elecciones municipales fueron anuladas judicialmente, ordenándose su repetición. En esta ocasión, y precisamente a la luz proporcionada por las dos sentencias dictadas en 2003 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la propia Junta Electoral de Zona de Ribadavia, mediante acuerdo de 6 de julio de 2007, había rechazado expresamente seguir el criterio marcado por la Instrucción 9/2007, al no haber encontrado en la normativa aplicable precepto alguno que amparase la tesis mantenida por la Junta Electoral Central. Dicho acuerdo, sin embargo, fue recurrido por dos partidos políticos ante la Junta Electoral Provincial de Ourense, la cual, mediante acuerdo de 12 de julio de 2007, revocó el acuerdo de la Junta de Ribadavia basándose, de modo exclusivo, en el carácter vinculante que para las juntas inferiores poseía la Instrucción 9/2007, sin entrar en el fondo del asunto, al estimar que le estaba vedado pronunciarse al respecto. En cumplimiento de dicho acuerdo –que, en puridad, constituyó un genuino supuesto de obediencia debida al criterio de la Junta Electoral Central– la Junta Electoral de Zona

de Ribadavia llevó a cabo las elecciones provinciales, naturalmente sin el concurso de los futuros concejales de Arnoia.

El acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Ourense que había ordenado a la Junta de Zona de Ribadavia la realización de las elecciones provinciales, fue impugnado por un candidato a concejal de ese municipio y por el propio partido político a través de cuyas siglas se presentaba, usando la vía del procedimiento de protección de derechos fundamentales, recurso que sería resuelto por la sentencia núm. 206/2008, de 2 de abril. Además, el acuerdo de proclamación de diputados electos adoptado por la Junta de Zona fue impugnado en vía contenciosa electoral por el partido político al que pertenecía el citado candidato, siendo resuelto por la sentencia núm. 789/2007, de 26 de julio. Ambos recursos recayeron en la misma Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso que, en 2003, había fallado tan contundentemente en contra de la doctrina de la Junta Electoral. Curiosamente, además, esta Sección continuaba integrada por los mismos tres magistrados que entonces habían votado a favor de las sentencias 786/2003 y 847/2003. Todo hacía presagiar que la historia se repetiría. Sin embargo, el desenlace fue, en esta ocasión, por completo distinto: los recursos fueron íntegramente desestimados, y la doctrina de la Junta Electoral Central fue expresamente asumida por la Sala. Las sentencias núm. 789/2007, de 26 de julio, y 206/2008, de 2 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, representan, a no dudarlo, un espectacular ejemplo de giro copernicano en la doctrina de un Tribunal, más llamativo aún si cabe en virtud del dato de la coincidencia en la identidad de los magistrados firmantes con respecto a las dos sentencias del año 2003 (plena en el caso de la sentencia 789/2007, y referida a dos de ellos en la 206/2008), así como del ponente, en ambos casos don Fernando Seoane Pesqueira, que ya lo había sido en la sentencia núm. 847/2003.

Pero, ¿cuáles son los argumentos que sirven de motivación a un giro doctrinal tan brusco y acusado? A partir de un análisis conjunto de ambas sentencias, pueden resumirse como sigue:

– En primer lugar, la Sala consideró que la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, es un acto con valor normativo, atendido su “carácter general y vocación de permanencia”, así como el hecho de que haya sido “publicada en el Boletín Oficial del Estado”. Además, la Sala entiende que dicha Instrucción no ha sido impug-

nada, y aun cuando cupiese su impugnación indirecta, considera que el examen de esta “excede del que es propio del estrecho marco de un recurso contencioso-electoral” (sentencia núm. 789/2007, fundamento jurídico 3.º; la sentencia núm. 206/2008, que fue dictada en proceso especial de protección de derechos fundamentales, guarda en cambio silencio sobre la posibilidad de impugnación indirecta de la Instrucción). En todo caso, la citada Instrucción resultó ser decisiva para el cambio de criterio del Tribunal Superior gallego, pues, como reconoce expresamente la sentencia núm. 206/2008, hacia el final de su fundamento jurídico 4.º, “cierto es que esta misma Sala y Sección adoptó otro criterio en las sentencias núm. 786/2003 y 847/2003, pero, aparte de que se decidió antes de que se hubiera constituido la Diputación Provincial, en aquel caso la coruñesa, no se había dictado la Instrucción 9/2007 de la Junta Electoral Central”.

– De cualquier manera, la Sala consideró que el criterio de la Instrucción 9/2007 se ajustaba perfectamente a la legalidad entonces vigente, ya que su finalidad era, siempre según el Tribunal, la de “asegurar la constitución de las diputaciones provinciales derivadas de las elecciones locales recientemente celebradas, dando lugar a que la voluntad de los electores tenga inmediata plasmación en la composición de la corporación provincial”, y, en suma, como la propia Instrucción señala, preservar “la exigencia institucional de no retrasar en exceso la constitución de las diputaciones provinciales y mantener a diputaciones en funciones”.

– Frente a ello, la vulneración del derecho de los futuros concejales electos del municipio de Arnoia a ser electores y elegibles en las elecciones provinciales –derecho que había constituido el eje de su doctrina en las sentencias de 2003– no supone ahora ningún obstáculo para la Sala. Este derecho, se nos dice, “ha de tratar de conciliarse con aquella exigencia de no retrasar en exceso la constitución de la Diputación Provincial a fin de plasmar lo más inmediatamente posible la voluntad de los electores expresada en las urnas” (sentencia núm. 789/2007, fundamento jurídico 3.º), y además, en todo caso, los concejales electos del partido político recurrente en el partido judicial

de Ribadavia “ostentarán representación en la corporación provincial (...) por lo que la candidatura no se verá privada de dicho derecho, que es lo que ha de garantizarse en el sistema español de listas cerradas” (ídem). A mayores, en la sentencia núm. 206/2008, y tras reproducir sin apenas variantes la misma doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la participación en asuntos públicos y al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, encarnado en el derecho de los concejales a ser electores y elegibles como diputados, que en las sentencias de 2003 había servido de base fundamental para el rechazo de la doctrina de la Junta, se añade ahora que “hay que destacar la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho invocado pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales, y en concreto, cuando, como en el caso presente, entre en juego la normativa electoral local hay que tener en cuenta que debe garantizarse asimismo el respeto del derecho de participación de los restantes concejales electos como de la correcta constitución y funcionamiento de las instituciones, en este caso, de la Diputación Provincial de Ourense”.

– Por todo ello, en fin, “no cabe tener en cuenta una interpretación meramente literal del artículo 205.1 (...) sino la finalista que, de acuerdo con el contenido de la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, de la Junta Electoral Central, permite conciliar la aplicación de dicha normativa con el respeto a los derechos fundamentales tanto de los aspirantes a participar en el procedimiento de designación de los miembros de la Diputación como de los proclamados a desempeñar su puesto en dicha Corporación, asegurando asimismo la entrada en funcionamiento de la Diputación con la composición resultante del nuevo proceso electoral, aunque sea provisionalmente (...) sin perjuicio de que si, celebradas las nuevas elecciones, se altera la atribución de puestos en la Diputación, las Juntas Electorales de Zona deban realizar las operaciones necesarias para hacer una nueva asignación, lo cual en este caso no ha ocurrido puesto que no se ha generado cambio alguno de atribución de puestos en la Diputación tras la repetición de las elecciones locales en Arnoia”.¹² Concluye

12. Por razones que no vienen al caso, y que en todo caso fueron ajenas al funcionamiento del Tribunal, la resolución de este recurso se demoró notablemente, lo que motivó que la sentencia recayese cuando ya las elecciones se habían repetido. Es cierto que, como señala el Tribunal, la atribución de puestos entre partidos políticos en la Diputación no se alteró. Pero el Tribunal obvia que el candidato recurrente obtuvo finalmente su escaño de concejal, pese a lo cual se vio absolutamente privado de poder ejercer su derecho a ser elector y elegible en unas elecciones provinciales que ya se habían consumado meses atrás.

así la Sala que “con ello se cohonesta el derecho fundamental de todos los concejales electos y la necesidad de la constitución y funcionamiento de la Corporación provincial”.

La doctrina decantada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en estas dos sentencias no es sino un eco amplificado de la tesis de la Junta Electoral Central que sirvió de fundamento a la reforma legislativa de febrero de 2011. Por ello, y a fin de evitar enojosas reiteraciones, su análisis crítico se llevará a cabo de forma conjunta en la parte final de este estudio. No obstante, uno de los argumentos manejados por el Tribunal gallego –en concreto, el referido al supuesto valor normativo de la Instrucción 9/2007 y a su conformidad con la ley electoral entonces vigente– puede y debe ser objeto de comentario ya en este apartado, en la medida en que propiamente no constituye un fundamento doctrinal de la reforma, sino una cuestión jurídica de carácter formal, específicamente suscitada en los pleitos de referencia, que considero de especial interés (por más que la reforma, al elevar al rango de Ley orgánica los criterios de la Junta, haya vaciado de contenido práctico esta cuestión).

Como se ha visto, es ese supuesto valor normativo de la Instrucción el que sirvió de bisagra conceptual al giro doctrinal dado por este Tribunal Superior. Así lo reconoce expresamente la Sala, al justificar su cambio de criterio respecto de sentencias anteriores por la publicación de la citada Instrucción, a la que, se afirma, corresponde la consideración “de norma jurídica y no de mero acto administrativo, lo que obliga a respetar dicho carácter y vinculatoriedad”. A mayor abundamiento, el Tribunal considera que, en todo caso, la Instrucción se ajusta a la Ley orgánica de régimen elec-

toral general, aun cuando para ello –en una especie de razonamiento circular o autorreferencial– se basa en la propia interpretación de la Ley contenida en la misma Instrucción.

En mi opinión, estos razonamientos del Tribunal no pueden compartirse, puesto que se apoyan en dos errores jurídicos, estrechamente vinculados entre sí, que hacen insostenible tal interpretación. Veámoslos uno a uno.

El primer error consiste en otorgar valor normativo a la Instrucción. La argumentación ofrecida al respecto por el Tribunal es sumamente deficiente, despa-chando en apenas un par de renglones esta cuestión, al decir que dicha Instrucción “tiene carácter general y vocación de permanencia, habiendo sido publicada en el Boletín Oficial del Estado”. Este simple razonamiento parece bastar a la Sala para asignarle el carácter de norma jurídica. Pero un planteamiento tan simplista no puede sino rechazarse. De entrada, la publicación en el Boletín Oficial del Estado no es un dato relevante del carácter normativo de un acto, y ello por la sencilla razón de que la publicidad en el diario oficial no es la causa de esa naturaleza normativa, sino su consecuencia. Esto es: una norma no es norma porque se publique en un diario oficial, sino que, a la inversa, se publica en el diario oficial porque es norma, en cumplimiento del principio de publicidad normativa recogido en el artículo 9.3 de la Constitución. En segundo lugar, la nota de generalidad –entendida como una cierta amplitud o abstracción de su objeto, no referido a un supuesto de hecho particular, sino a una generalidad de ellos abstractamente enunciados– no es tampoco un rasgo suficiente para caracterizar a una norma, pues, de una parte, esa nota es compartida con los actos administrativos de carácter

No obstante, este concejal lograría finalmente ser elegido diputado, al dimitir el diputado electo en su partido judicial y sus tres suplentes –al parecer, en cumplimiento de un “pacto entre caballeros” verbalmente alcanzado con el candidato recurrente–. La dimisión en cadena de ese diputado y sus tres suplentes forzó la repetición de las elecciones provinciales, a las que por fin pudieron concurrir los concejales de Arnoia, entre ellos, el recurrente, que se postuló además como candidato, logrando su escaño con una amplísima mayoría. Esta anécdota ilustra a la perfección las graves consecuencias prácticas que conlleva la doctrina de la Junta Electoral, asumida por estas dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia: la exclusión de los concejales de un municipio en las elecciones provinciales, aunque no altere el reparto de escaños entre formaciones políticas, impide realmente el ejercicio del derecho fundamental de sufragio a dichos concejales y puede distorsionar totalmente la composición real del Gobierno provincial, propiciando –como pudo haber sucedido en este caso– la injusta exclusión del candidato mejor valorado por los concejales de su circunscripción. De no haberse cumplido voluntariamente ese “pacto entre caballeros”, la representación del partido judicial de Ribadavia no hubiese estado integrada por el candidato realmente preferido por los concejales electores, y todo ello por culpa de una interpretación supuestamente finalista de una norma que, curiosamente, consiste en incumplir frontalmente dicha norma.

general, y de otra, existen disposiciones de carácter general cuyo ámbito de aplicación es en cambio muy limitado y concreto. Tampoco la vocación de permanencia es esencial para que una norma lo sea: pueden existir –y de hecho existen– disposiciones de carácter general de vigencia temporal,¹³ y ello no las priva de su naturaleza normativa.

Lo que en realidad define a una disposición de carácter general es su capacidad de ordenar *erga omnes* un número potencialmente indefinido de hechos, actos o relaciones jurídicas comprendidas en su ámbito material y temporal de aplicación (cualquiera que sea este último), sin que esa capacidad de ordenación dependa de la preexistencia de una concreta relación jurídica dada entre el sujeto obligado a cumplir la norma y el poder público que la dicta. Lo decisivo, lo esencial, no es tanto que la disposición contenga una regulación referida a una porción de realidad social más o menos amplia o genérica, sino que su poder de sujeción sea verdaderamente general, esto es, se manifieste frente a cualquier sujeto incluido en su ámbito regulador, con independencia de que dicho sujeto se encuentre o no en una determinada relación jurídica con el autor de la norma. Es en virtud de esa capacidad de sujeción general que la norma se inserta en el Derecho objetivo, como una disposición independiente de cualquier vinculación

intersubjetiva previa. Y es precisamente esa capacidad de sujeción general el único dato que, en última instancia, permite distinguir la verdadera norma de cualquier acto regulador enmarcado en una determinada relación jurídica.¹⁴ Ahora bien: esta capacidad de sujeción general no depende de ningún rasgo material supuestamente característico de la norma. Depende, exclusivamente, de un dato formal, que no es otro que el haber sido dictada en el ejercicio de un poder normativo. A la disposición de carácter general, para serlo, no le basta con tener un contenido materialmente regulador, no le es suficiente con integrar un conjunto de reglas aplicables, por su propia configuración, a un número indefinido de supuestos; necesita, además, haber sido dictada por un órgano dotado de poder normativo, esto es, investido de esa facultad de establecer normas aplicables a sujetos que se encuentren en el ámbito material y temporal de aplicación de dichas normas, pero con los que el órgano autor de la norma no posee ninguna relación jurídica concreta. No me refiero aquí a que el órgano posea específicamente competencia para dictar la norma de que se trate; me refiero, estrictamente, a que posea al menos el poder de dictar normas, es decir, la mera potestad normativa, como facultad para establecer reglas oponible frente a cualquier sujeto sin necesidad de que este se encuentre vinculado con

13. Las leyes de presupuestos generales del Estado o el reciente Real decreto ley que limitó durante unos meses a 110 Km./h la velocidad en autopistas y autovías, son ejemplos elocuentes de disposiciones de carácter general, pese a carecer de vocación de permanencia.

14. Sirva como ejemplo la reordenación de volúmenes en una manzana de una calle, llevada a cabo a través de un estudio de detalle. Lo que convierte al estudio de detalle en una disposición de carácter general, pese a la singularidad de su ámbito de aplicación, es su poder de sujeción general, el hecho de que su ordenación vincule a cualquiera que pretenda edificar en esa manzana, sin que para ello sea necesario que entable una relación jurídica con el Ayuntamiento autor de la norma. Aunque en la práctica sea una norma aplicable solo a un muy reducido número de sujetos, su potencialidad reguladora general es plena. En cambio, son actos administrativos generales la convocatoria de unas oposiciones o de un concurso para la concesión de subvenciones, por cuanto la regulación que contienen las correspondientes bases solo vinculará a quienes decidan entablar una relación jurídica concreta con la Administración convocante, participando en los correspondientes procesos selectivos, y solo en el preciso marco de esa relación. La diferencia entre este tipo de actos administrativos generales y un Reglamento regulador de procesos selectivos de personal o un Reglamento de subvenciones (que sí son disposiciones generales), es que estos últimos establecen regulaciones que podrán ser aplicadas en cualesquiera relaciones jurídicas que se entablen en el futuro entre los solicitantes y la Administración, en tanto que en el caso de las convocatorias, su regulación se ciñe a unas relaciones jurídicas muy concretas (las correspondientes a los concretos procesos selectivos convocados). De ahí que de un Reglamento de subvenciones se pueda predicar un poder de vinculación general (en la medida en que es aplicable a cualesquiera subvenciones incluidas en su ámbito de regulación), y dicha cualidad, en cambio, no pueda atribuirse a una convocatoria de subvenciones, incluso aunque tenga carácter múltiple (ya que esta última solo será aplicable a la concreta convocatoria o convocatorias que constituyan su objeto).

el autor de la norma por una determinada relación jurídica previa.¹⁵

Sin duda alguna, la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, posee vocación de norma, en la medida en que por su configuración material, por su modo de enunciarse, es en efecto susceptible de aplicación a un número indefinido de supuestos. Sin embargo, la Junta Electoral Central carece por completo de poder normativo, en la medida en que no existe ninguna norma que le atribuya tal potestad. En este sentido, la Ley únicamente le confiere el poder de “cursar instrucciones de obligado cumplimiento a las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma, en cualquier materia electoral” [artículo 19.1.c) de la Ley electoral], y asimismo el de “unificar los criterios interpretativos de las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma en la aplicación de la normativa electoral” [artículo 19.1.f) de la misma Ley]. Ninguna de estas normas atribuye poder normativo alguno: permiten, sí, dictar reglas o criterios de interpretación, pero estos –sin perjuicio de su generalidad, abstracción o permanencia– no son normativamente vinculantes, puesto que solo son de obligado cumplimiento para las Juntas Electorales de ámbito inferior, jerárquicamente subordinadas a la Junta Electoral Central. Es en virtud de esa concreta relación jurídica de jerarquía administrativa –y no como efecto de un verdadero poder normativo general– que la Instrucción goza de efectos jurídicos, pero estos, lógicamente, no tienen carácter *erga omnes*, sino que circunscriben su eficacia a los sujetos vinculados por dicha relación jurídica (en este caso, las Juntas Electorales de ámbito inferior). No son, por ello, verdaderas normas: son actos administrativos que ni siquiera tienen como destinatarios a una pluralidad indeterminada de

sujetos, y son vinculantes solo a efectos internos, como derivación del principio de jerarquía que rige en la Administración electoral. De ningún modo vinculan *erga omnes*. Y, en particular, no vinculan en absoluto a los jueces y tribunales, a diferencia de lo que sucede con las disposiciones de carácter general, que sí tienen ese efecto.¹⁶ Admitir lo contrario sería tanto como convertir al Poder Judicial en una institución subordinada a la Administración electoral, algo a todas luces inadmisibles en nuestro ordenamiento.

Por consiguiente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia no estaba obligado en modo alguno a asumir el criterio marcado por la Junta Electoral a través de la Instrucción. Incluso en la hipótesis de considerar ajustado a Derecho el criterio interpretativo plasmado en dicha Instrucción, el Tribunal estaría facultado para apartarse de dicho criterio y emplear otro que estimase más adecuado para el concreto caso enjuiciado, sin que ello conllevara la necesidad de anular la Instrucción o de, al amparo de lo establecido en el artículo 6 de la Ley orgánica del Poder Judicial, declarar su inaplicación por vulnerar la Constitución, la Ley o el principio de jerarquía normativa. No es admisible, por tanto, el argumento del Tribunal que justifica su cambio de criterio respecto de las sentencias anteriores debido al mero dato formal de la supuesta vigencia de la Instrucción.

El segundo error en que incurre el Tribunal consiste en aceptar de un modo acrítico la interpretación de la Junta, evaluando su conformidad a la Ley exclusivamente a partir de dicho criterio interpretativo, esto es, desde la propia perspectiva de la Instrucción. Este error deriva, lógicamente, del anterior, esto es, de la consideración de la Instrucción como una auténtica innovación normativa, consideración que lleva al Tribunal a revisar su anterior

15. Es obvio –y en un Estado plurilegislativo como el español sucede casi a diario– que un órgano con poder normativo pueda ser incompetente para dictar una norma determinada y, pese a ello, proceda a su aprobación. En este caso, estaríamos ante una norma ilegal, pero norma, a fin de cuentas, en la medida en que quien la aprobó poseía la potestad de innovar el ordenamiento jurídico. La exigencia formal de un reconocimiento legal abstracto del poder de dictar normas resulta indispensable para que estas puedan producirse. En este sentido, una disposición de carácter general dictada por un órgano administrativo carente de poder normativo sería equivalente a un acto administrativo dictado por un ciudadano particular: no es que ambos sean ilegales; es que, sencillamente, no llegan nunca a existir como lo que pretenden ser; no es que carezcan de un requisito de validez: es que falta el presupuesto mismo para su existencia.

16. Cuestión diferente es que un juez o un Tribunal pueda, en virtud de su potestad jurisdiccional, anular o, en su caso, inaplicar una disposición de carácter general de rango inferior a la Ley cuando estime que dicha disposición vulnera la Constitución, la Ley o el principio de jerarquía normativa. Ello no priva de efecto *erga omnes* a estas disposiciones, sino que simplemente condiciona su eficacia en sede judicial a su validez, para enjuiciar la cual la Ley faculta expresamente al juez. Pero en el caso de un acto con contenido regulador pero carente de valor normativo, el juez no precisa considerarlo inválido para inaplicarlo fuera del ámbito de la relación jurídica en que aquel es vinculante. Sencillamente, no le vincula y no está obligado a seguir su criterio.

doctrina jurisprudencial, al entender equivocadamente que es el propio ordenamiento jurídico el que ha cambiado. Se produce así un extraño círculo vicioso argumentativo, en cuya virtud se concluye que la Instrucción se ajusta a la Ley porque a través de dicha Instrucción la Junta ha determinado normativamente cómo debe interpretarse la Ley.¹⁷ Una conclusión que, claro está, no guarda distancia dialéctica alguna con su punto de partida, con el que en realidad viene a identificarse. En otras palabras, la Sala viene a considerar que la interpretación llevada a cabo por la Junta Electoral, al hallarse investida de la dignidad de una verdadera norma, deviene lo que podríamos denominar una interpretación obligada. Los argumentos del Tribunal son, en efecto, los de la propia Junta, que la Sala amplifica y extiende con aportaciones de su propia cosecha, pero partiendo siempre del núcleo argumentativo original establecido por el supremo órgano de la Administración electoral, el cual en ningún momento es sometido a un verdadero análisis crítico, sino que es aceptado sumisamente, como si de una norma vinculante se tratase (y así la considera, en efecto, el Tribunal). Solo este incorrecto modo de proceder explica que el Tribunal parezca aquejado de una especie de amnesia que le lleva a olvidar, sin siquiera traerlos a colación, los contundentes argumentos que había exhibido en las dos sentencias gemelas del año 2003. Tales argumentos ni tan siquiera se confrontan con los postulados por la Junta Electoral. Simplemente, son ignorados, como si hubiesen caducado o, mejor dicho, como si la Instrucción –coherentemente con el valor normativo que erróneamente se le atribuye– los hubiese invalidado de raíz. A no dudarlo, esa ausencia de un verdadero análisis crítico de la interpretación ofrecida por la Junta fue determinante del fallo. Y es que basta con releer las sentencias del año 2003 para comprender que, en realidad, los argumentos de la Junta Electoral –cuya doctrina ya existía entonces, como vimos, por más que no se hubiese plasmado en una Instrucción, sino solo en acuerdos puntuales– ya habían sido estudiados en aquel momento, al haber sido aportados al proceso por

la Abogacía del Estado, y fueron, como vimos, contundente y motivadamente rechazados. En cambio, en las sentencias 789/2007 y 206/2008 los mismos argumentos que entonces fueron rechazados son aceptados sin apenas discusión, sin una razón de fondo que avale tal cambio. La única verdadera razón es puramente formal: el presunto valor normativo de la Instrucción. En esta ocasión, pues, la confrontación dialéctica ni siquiera tuvo lugar, en términos reales: los argumentos del demandante no fueron rechazados porque se considerasen incorrectos (de hecho, coinciden en esencia con los esgrimidos por el propio Tribunal en las sentencias anteriores, como revela una lectura atenta de las cuatro resoluciones judiciales, en las que se resumen los argumentos aducidos por las partes). Fueron rechazados, simplemente, por ser contrarios al criterio de la Junta –elevado a la dignidad de norma vinculante– con un automatismo apenas disimulado.

6. El silencio del Tribunal Supremo: la sentencia de 2 de junio de 2009

La peculiar regulación del recurso contencioso-electoral en nuestro ordenamiento –en el que no existe recurso de casación, conforme al artículo 114.2 de la Ley electoral– ha hecho que el Tribunal Supremo no disponga de competencia para juzgar procesos relativos a la impugnación de actos de proclamación de electos en comicios autonómicos y locales (cuyo enjuiciamiento corresponde en única instancia a los tribunales superiores de justicia), salvo en el caso de que dicha impugnación se produzca a través del cauce especial de protección de derechos fundamentales. Ello explica la ausencia de jurisprudencia del Alto Tribunal en esta materia. No obstante, y en el concreto caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo dispuso de una inmejorable ocasión para pronunciarse al respecto, al tener que enjuiciar la legalidad de la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, de la Junta Electoral Central. Dicha Instrucción, en efecto, fue en

17. Es una práctica normativa perfectamente válida el que una disposición general de desarrollo de una Ley concrete una de las posibles opciones interpretativas que esta ofrezca y fije esta como única posible. En este caso no cabe hablar –al menos, no de un modo general– de vulneración de la jerarquía normativa, puesto que la propia Ley habrá habilitado –explícita o implícitamente– al Reglamento para que proceda a su desarrollo, operación que naturalmente puede incluir una mayor concreción en su regulación que instaure como norma una de las posibles interpretaciones, excluyendo la posibilidad de cualquier otra opción hermenéutica. Lo que sucede es que en este caso la disposición de carácter general no está interpretando la Ley, cuando menos no formalmente: la está desarrollando a través de una nueva norma de carácter complementario (nunca contradictorio, como es lógico), lo cual es algo cualitativamente diferente a la labor interpretativa propiamente dicha. Pero, para poder llevar a cabo esta operación, es preciso disponer de un genuino poder normativo, facultad de la que, insisto, la Junta Electoral Central carece.

su día impugnada directamente ante el Alto Tribunal (precisamente por el mismo candidato que había entablado ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia los recursos comentados en el epígrafe anterior) mediante recurso contencioso-administrativo ordinario, siendo resuelto por la Sección 8.ª de la Sala Tercera mediante sentencia de 2 de junio de 2009, de la que fue ponente el magistrado don Nicolás Maurandi Guillén.

Por desgracia, el comentario sobre esta sentencia del Alto Tribunal ha de ser, forzosamente, breve. Tras un breve resumen de los alegatos de las partes, y tras afirmar, a renglón seguido, que “ambas posiciones procesales ofrecen argumentos de importante consistencia”, el Tribunal Supremo señala que “la plena tutela del derecho de los concejales a ser elegible y ser elegido (...) no impone como obligada la nulidad de la Instrucción aquí combatida”, pues esta es “tan solo la indicación del criterio a seguir en actuaciones futuras, y consiguientemente, no tiene directa trascendencia individual sobre los derechos de persona alguna”, ni impide “la impugnación de esos eventuales actos futuros que, dictándose en aplicación de la misma, puedan menoscabar o lesionar indebidamente los derechos de los concejales”. En resumen: “la Instrucción por sí misma no es lesiva de derecho individual alguno”, porque “no impide a quienes resulten elegidos (...) poder reclamar que se realicen las operaciones que consideren necesarias para la plena efectividad de (...) su derecho de sufragio; y tampoco, en su caso, les imposibilita ejercitar la acción judicial frente a los actos que en vía administrativa no hayan atendido sus pretensiones individuales”. Con este único argumento, el Tribunal desestima el recurso contra la Instrucción.

En cierto modo –solo en cierto modo– el criterio adoptado por el Tribunal Supremo resulta comprensible, exclusivamente en la medida en que viene a confirmar –aunque de un modo poco claro y, más bien, implícito– la tesis defendida en este estudio en cuanto a la carencia de valor normativo de la Instrucción impugnada. El Alto Tribunal afirma que la Instrucción, como tal, no es más que “la indicación del criterio a seguir en actuaciones futuras”, criterio que parece entender como no vinculante (cuando menos, fuera del ámbito interno de la Administración electoral) en la medida en que afirma que “no tiene directa trascendencia individual sobre los derechos de persona alguna”. Que no tiene efectos, vaya, o que estos se restringen a su eficacia interna en el seno de la Administración electoral, pero no afectan a terceros. En la medida en que el

verdadero motivo de la desestimación del recurso por parte del Tribunal Supremo sea este –la consideración de la Instrucción como una mera circular interna sin efectos frente a terceros– y únicamente con respecto a este concreto razonamiento, podría compartirse, o al menos entenderse, este criterio.

Pero, sin perjuicio de ello, y con el debido respeto que siempre merece el Alto Tribunal, lamento tener que decir que esta sentencia es decepcionante, y que el singular argumento esgrimido guarda más semejanzas con una coartada para rehuir el debate que con un fundamento jurídico mínimamente serio. Y es que el razonamiento del Tribunal Supremo –dada la oscuridad con que se expresa– podría perfectamente ser interpretado en un sentido diferente al expresado en el párrafo anterior. En concreto, el criterio empleado en esta sentencia podría interpretarse en el sentido de que cualquier disposición de carácter general o cualquier acto administrativo de naturaleza meramente interpretativa, cuyo contenido sea susceptible de vulnerar la Ley o lesionar derechos individuales, pero que precise para ello de actos concretos de aplicación, quedaría automáticamente blindado frente a cualquier tentativa de impugnación directa. Y es que es bastante habitual que las normas reglamentarias o los actos administrativos de carácter informativo o interpretativo no suelan, por sí solos, surtir efectos reales sobre los derechos individuales, y que precisen ser aplicados caso por caso para desplegar tales efectos en la realidad social.

Lo cierto, sin embargo, es que, cualquiera que sea la tesis que se adopte en el debate en torno a la Instrucción 9/2007 –como respecto a cualquier norma o acto administrativo–, cabe siempre un juicio de legalidad al respecto, sea cual sea. Esto es: puede compartirse que la Instrucción, por sí sola, careciese de efectos frente a terceros. Pero eso no le impedía contradecir la Ley o, por el contrario, ajustarse a ella, vulnerar con su contenido un derecho fundamental o, en fin, respetarlo. Esto es: la Instrucción, en sí misma considerada, puede –y debe, cuando esa cuestión se plantea ante un Tribunal de justicia– ser considerada legal o ilegal. Lo que no cabe es relegarla a una suerte de irrelevante limbo jurídico en tanto no se produzca un acto de aplicación práctica. El argumento del Tribunal Supremo equivale, en definitiva, a condenar a la esterilidad más absoluta la posibilidad de impugnar directamente las disposiciones de carácter general y los actos administrativos de contenido meramente informativo o interpretativo, cuando estos y aquellas precisen de actos de aplicación

para ser efectivos. La posibilidad de esa impugnación, empero, está expresamente contemplada en la Ley reguladora de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, tanto respecto de las disposiciones de carácter general como respecto de los actos administrativos de naturaleza puramente interpretativa (a los que ninguna norma excluye de la posibilidad de impugnación y, en su caso, consiguiente anulación judicial). Dicho en términos más duros: la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009 constituye un negativo ejemplo de abdicación de la función judicial y, en definitiva, de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, en la medida en que, de hecho, deniega al recurrente un pronunciamiento sobre el fondo del asunto enjuiciado, pese a que se trataba de un asunto de su competencia y a que dicho pronunciamiento había sido instado cumpliendo todos los requisitos procesales para ello [pues de no ser así, la sentencia no hubiese desestimado el recurso, sino que lo habría inadmitido a trámite, conforme a lo establecido en el artículo 68.1.a), en relación con el 69 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa]. En definitiva, pues, la aportación del Tribunal Supremo a este debate jurídico se reduce a un decepcionante silencio.

7. Una cadena de errores: análisis crítico de los fundamentos de la reforma

Concluida la exposición de los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales de la reforma que nos ocupa, estamos ya en disposición de proceder a un análisis crítico de sus fundamentos, los cuales –ante la práctica ausencia de debate parlamentario respecto de esta modificación, y a la vista de que la misma tuvo su origen inmediato en una propuesta de la propia Administración electoral– no pueden ser otros que la doctrina de la Junta Electoral Central, decantada en la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, y su versión ampliada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en las sentencias 789/2007, de 26 de julio, y 206/2008, de 2 de abril. Fundamentos que, a mi entender, no consisten sino en una cadena de errores jurídicos, cuya explicación solo puede encontrarse en una grave incomprensión del sistema electoral provincial diseñado por la Ley (cuyas líneas maestras se mantienen, pese a la reforma) y en un inexplicable desprecio por el derecho de los concejales a ser electores y elegibles como dipu-

tados provinciales (que queda relegado claramente a un segundo plano en la articulación institucional de las elecciones provinciales, como un elemento no esencial, sino –se diría– puramente accesorio del sistema).

Conviene, eso sí, aclarar que el objeto de esta crítica no incluye al primero de los párrafos añadidos por la reforma al apartado primero del artículo 205.1. No podía ser de otro modo, en la medida en que, como ya se expuso en su momento, este párrafo no contiene realmente ninguna innovación normativa respecto de la redacción original, y únicamente viene a confirmar la regla general que prohíbe celebrar las elecciones provinciales hasta tanto no estén constituidos todos los ayuntamientos de la provincia. Igualmente, queda al margen de esta crítica la regla especial introducida por el actual párrafo tercero del artículo 205.1, en cuanto se refiere al supuesto de repetición de elecciones municipales por la imposibilidad de celebrar estas ante la falta de presentación de candidaturas. La razón de esta exclusión es obvia: si –como se defiende en el presente estudio– la interpretación teleológica correcta de la regla general establecida en el primer párrafo del artículo 205.1 pasa por entender que la razón de ser de dicha norma es garantizar la participación, en el proceso electoral provincial, de los concejales de todos los ayuntamientos que pertenezcan a formaciones políticas con derecho a escaño, en el caso de que en un municipio no se hayan presentado candidaturas hay que entender que se ha producido una renuncia de los posibles candidatos –tácita o, si se prefiere, presunta, pero de cualquier modo efectiva– a participar en el proceso, renuncia que, lógicamente, imposibilita el ejercicio de sus derechos electorales. En este sentido, considero ajustada a Derecho la interpretación efectuada por la Junta en este punto concreto (aunque por motivos diferentes a los esgrimidos por la Administración electoral), toda vez que malamente se puede lesionar un derecho cuando su propio titular ha renunciado a ejercerlo o, con mayor precisión, no cumple, por causas imputables a su propia pasividad, las condiciones legalmente exigidas para su adquisición y ejercicio.

La crítica se centra, pues, en la introducción de la regla especial que prohíbe posponer la constitución de la Diputación Provincial en el caso de repetición de elecciones municipales por anulación judicial, total o parcial, de dichas elecciones, regla complementada por la previsión de que solo se permita la repetición de las elecciones provinciales en caso de que el resultado de las elecciones municipales repetidas altere el repar-

to de escaños provinciales entre formaciones políticas. La modificación legislativa parte, en este sentido, de una serie de premisas erróneas, por las razones que se exponen a continuación.

La primera –y más evidentemente errónea– de estas premisas es la que atribuye a esta interpretación el efecto de conciliar “el derecho de cualquier concejal a formar parte de la Diputación Provincial –y, en consecuencia, a que se aplase la constitución de la Corporación provincial hasta que hayan sido expedidas sus credenciales de electos que les permitan ser candidatos– con la exigencia institucional de no retrasar en exceso la constitución de las diputaciones provinciales y mantener a diputaciones en funciones”. Así se declara solemnemente en la exposición de motivos de la Instrucción, y se reitera en las sentencias del Tribunal superior gallego que acogieron sus tesis. Pero esa declaración es rotundamente falsa. De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, conciliar es, en su primera acepción, “poner de acuerdo a los que estaban en desacuerdo”, y, en su segunda acepción, “conformar, hacer concordantes o compatibles dos o más elementos que son o parecen contradictorios o contrarios”. Pues bien, la nueva redacción del artículo 205.1 no concilia absolutamente nada, sino que sacrifica por completo uno de los dos elementos en conflicto (el derecho de sufragio activo y pasivo de los concejales) en aras de su oponente dialéctico (la supuesta exigencia institucional de no demorar la constitución de la nueva Diputación). El efecto real de no aplazar las elecciones provinciales hasta después de repetidas las elecciones municipales es, pura y simplemente, que los futuros concejales del Ayuntamiento afectado no podrán participar en las elecciones a diputados, ni como electores ni como elegibles. Es cierto que la regla complementaria que ordena la repetición de las elecciones provinciales, en el caso de que los resultados de los comicios municipales objeto de repetición alteren el reparto de escaños entre

formaciones políticas, atenúa ese efecto, pero solo en esos supuestos. En el resto de casos, los derechos electorales de los concejales sencillamente desaparecen por completo. E incluso en el supuesto de aplicación de esa regla complementaria debe advertirse que el respeto a esos derechos no es más que un resultado añadido al realmente buscado por la norma, circunscrito al objetivo de preservar los resultados electorales reales de las formaciones políticas. O lo que es lo mismo: en estos casos no se repiten las elecciones provinciales para preservar el derecho de los concejales, sino exclusivamente para satisfacer el derecho de la formación política de que se trate a que se respeten sus resultados en términos de representación obtenida. No hay, por tanto, conciliación alguna, sino una total anulación de uno de los derechos en conflicto a favor del otro. Postular que el objetivo de la reforma haya sido el conseguir dicha conciliación no es más que un recurso retórico falaz que enmascara su verdadero carácter.

La segunda –y esencial– premisa errónea de la que parte esta reforma legislativa, consiste en la minusvaloración del derecho de sufragio activo y pasivo de los concejales frente a esa supuesta exigencia institucional de una rápida constitución de las diputaciones.

Como es sabido, el derecho de sufragio activo y pasivo de los concejales en las elecciones provinciales es un auténtico derecho fundamental, incardinado en el artículo 23.2 de nuestra Constitución y que, además, constituye el instrumento a través del cual se actualiza el derecho de los ciudadanos plasmado en el artículo 23.1. Así lo ha reconocido, sin lugar a dudas y de modo reiterado, el Tribunal Constitucional, y así lo reconoció –como no podía ser de otro modo– el propio Tribunal Superior de Justicia de Galicia en las sentencias 789/2007 y 206/2008 (por más que ese reconocimiento tuviese un carácter más retórico que real). La doctrina, a este respecto, es pacífica y unánime, lo que entiendo exime de mayores explicaciones al respecto.¹⁸

18. Es evidente la inclusión del derecho de los concejales a participar como electores en las elecciones a diputados provinciales, en el ámbito del derecho fundamental de los ciudadanos a “participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal” (artículo 23.1 CE); y es igualmente evidente que su derecho a acceder en condiciones de igualdad al cargo de diputado provincial se integra en el derecho fundamental a “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes” (artículo 23.2 CE). Además, ambos derechos –el del 23.1 y el del 23.2– se hallan íntimamente interrelacionados, tal y como se desprende de la doctrina contenida en la STC 177/2002, de 14 de octubre (recordando la doctrina ya contenida en la anterior STC 203/2000, de 15 de octubre, FJ 2.º, en una línea jurisprudencial que arranca de las SSTC 5/1983, de 4 de febrero, y 10/1983, de 21 de febrero), que estableció una directa relación entre el derecho de un parlamentario (extensible a un concejal, en tanto que representante público de los ciudadanos) al acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE), pues “son primordialmente los representantes políticos

Ciertamente, cabría argumentar que este derecho es, sin embargo, un derecho de configuración legal, esto es, que sin perjuicio de su reconocimiento constitucional, el legislador goza de un amplio margen de libertad para su regulación, lo que, desde luego, es cierto. Al hilo de ello, cabría argumentar que la nueva redacción del artículo 205.1 no supone sino el ejercicio práctico de dicha libertad legislativa, alterando la configuración de ese derecho fundamental, en el sentido de supeditarle a que las elecciones municipales en cuya virtud se adquiere no sean objeto de anulación. Tal argumento, sin embargo, no es aceptable. Y no lo es porque la libertad del legislador para reglar este derecho no es en modo alguno absoluta, sino que, por el contrario, se enmarca en límites precisos, definidos de un lado por el obligado respeto a las normas constitucionales y, de otro, por la llamada garantía institucional de los derechos fundamentales, esto es, por la necesidad de que su regulación no vacíe de contenido real al derecho, o lo que es lo mismo, no lo vuelva irreconocible para la conciencia social en cada tiempo y lugar. Pues bien: el artículo 23.2 de la Constitución no se limita a enunciar un derecho de acceso a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes, sino que además precisa, textualmente, que dicho acceso ha de verificarse “en condiciones de igualdad” (e incluso aunque no lo dijese expresamente, esa condición sería igualmente exigible, en virtud de la proyección transversal de la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico –artículo 1.1 de la Constitución– y del principio general de igualdad recogido en el artículo 14). Por consiguiente, el legislador no dispone de libertad para establecer una regulación del derecho de sufragio activo y pasivo de los concejales en las elecciones provinciales que vulnere la aludida condición de igualdad entre ellos. No vulnera, desde luego, dicho requisito el que tal derecho solo se conceda a los concejales de aquellas formaciones políticas que hayan al-

canzado un determinado umbral de representatividad, por cuanto en este caso existe una diferencia objetiva –el mayor respaldo obtenido en las urnas– que justifica la correlativa diferencia de trato, sin que quepa hablar de discriminación. Pero sí se vulnera esa condición de igualdad cuando se priva a unos determinados concejales –aquellos que fueron electos tras la repetición de las elecciones municipales– de dicho derecho, en la medida en que no existe una diferencia objetiva que legitime tal restricción. En efecto, la denegación del derecho se produce en este caso como consecuencia de una incidencia en el proceso electoral que no es imputable a estos concejales y que, desde luego, no disminuye ni un ápice la legitimidad democrática de su elección cuando esta tenga por fin lugar. Una vez electos, estos concejales lo son con todo el derecho del mundo y con la misma legitimidad de la que gozan los electos en la convocatoria electoral ordinaria. En uno y otro caso, los concejales han sido elegidos libremente por los ciudadanos de su municipio, y no existe diferencia alguna al respecto que pueda justificar una desigualdad de trato como la establecida por el nuevo párrafo tercero del artículo 205.1, el cual, ciertamente, ha alterado la anterior configuración del derecho de los concejales al acceso al cargo de diputado provincial.¹⁹ Pero, al hacerlo, ha vulnerado flagrantemente la letra y el espíritu del artículo 23.2 de la Constitución, en tanto que no ha respetado el requisito indispensable de que dicho acceso se verifique en condiciones de igualdad. Y, naturalmente, al vulnerar ese derecho, se vulnera también el de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, privando a los vecinos del municipio afectado de la posibilidad de intervenir en las elecciones provinciales a través de sus concejales, conforme a la jurisprudencia constitucional más atrás reseñada. Del análisis expuesto, pues, se puede concluir ya, sin más, la inconstitucionalidad de la reforma que nos ocupa.

de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos”, según se ha declarado también en la STC 107/2001, de 23 de abril, FJ 3.º. De esta suerte, tanto el derecho del artículo 23.2 como el del 23.1 quedarían vacíos de contenido si el representante político se viese privado de los mismos, o perturbado en su ejercicio (SSTC 10/83, de 21 de febrero, FJ 2.º, y 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3.º).

19. Alteración que, dicho sea de paso, se producía igualmente a través de la doctrina de la Junta Electoral, dato este que, por sí solo, permite postular –aunque sea retrospectivamente– la flagrante ilegalidad de la Instrucción 9/2007, en el caso de que se considerase que esta poseía valor normativo, puesto que, de ser así, constituiría una norma abiertamente ilegal, en la medida en que introducía una modificación restrictiva de la regulación de un derecho fundamental, vulnerando tanto el principio de jerarquía normativa como la reserva de Ley orgánica establecida al respecto (reserva aplicable en este caso, por partida doble: por tratarse de un derecho fundamental, y por afectar al régimen electoral general, conforme al artículo 81 de la Constitución).

Ahora bien: esta reforma parte de la contraposición del mencionado derecho de los concejales frente a la "exigencia institucional" de que no se demore en exceso la constitución de la nueva Diputación. Pero esta contraposición, así formulada, resulta excesivamente abstracta para realizar un análisis preciso. Cabe preguntarse qué es lo que encierra esa supuesta "exigencia institucional", esto es, qué derechos o valores constitucionales salvaguarda. De entrada, hay que advertir que tal "exigencia institucional" es una pura construcción doctrinal, puesto que la Ley en ningún momento la enuncia (lo que, obviamente, no la priva de validez, como es lógico, pero obliga a indagar su contenido a partir de los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que la alumbraron). En este sentido, la doctrina que se deduce de las sentencias 789/2007 y 206/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia permite deducir hasta cuatro posibles contenidos de esa "exigencia institucional": en primer lugar, el derecho de los demás concejales (esto es, los electos en la convocatoria ordinaria) a ser también electores y elegibles como diputados; en segundo lugar, el derecho de los electores de los municipios no afectados por la anulación a que el resultado de sus votos se plasme en la constitución de la nueva Diputación; en tercer lugar, la exigencia de que la voluntad popular expresada en las urnas se encarne en la composición de los Gobiernos provinciales; y en cuarto y último lugar, la inconveniencia de que un Gobierno en funciones prolongue su mandato más allá de lo legalmente previsto con carácter general.

Sin duda, los contenidos de esa exigencia institucional que acaban de enunciarse tienen, todos ellos, una notable trascendencia jurídica. Sin embargo, el análisis no puede valorarlos aisladamente, sino que –siguiendo la propia lógica de la doctrina que informa esta modificación legislativa– debe proceder a su comparación con el otro valor jurídico en liza –el derecho de los concejales a ser electores y elegibles como diputados–, teniendo en cuenta además los efectos reales sobre cada uno de esos derechos o valores en el conflicto supuestamente planteado. En una primera comparación, puramente abstracta, entre unos y otros, podría considerarse que su importancia relativa es equivalente: en efecto, los derechos fundamentales de los concejales electos en la convocatoria ordinaria no son ni más ni menos valiosos que los de los electos en la repetición de elecciones, y lo mismo cabe decir del derecho de participación de los ciudadanos en uno

y otro caso. No puede aceptarse, desde luego, que el que unos sean más numerosos que otros otorgue un mayor valor a su derecho, ya que estos son derechos individuales, que corresponden a la persona como tal, y cuya trascendencia jurídica no depende de su atribución a un número mayor o menor de sujetos. Pero esta comparación abstracta apenas es operativa, pues no nos dice en qué medida se ven afectados unos y otros derechos en el caso concreto que nos ocupa. Es preciso, por ello, un análisis que tenga en cuenta no el valor abstractamente considerado de los derechos confrontados, sino las respectivas lesiones que tales derechos o valores jurídicos sufren en el marco de ese conflicto. Pues bien: este análisis permite afirmar que, sin lugar a dudas, no hay ninguna razón que justifique la ablación del derecho de sufragio de los concejales electos en favor de los derechos y valores jurídicos que comprende la exigencia institucional invocada como causa de la reforma del artículo 205.1. Y no la hay porque el supuesto conflicto entre estos bienes jurídicos es, en realidad, inexistente, o, en todo caso, de una dimensión mínima. En efecto, y por lo que se refiere a los derechos de los concejales electos en la convocatoria ordinaria, la realidad es que tales derechos no sufren un sacrificio sustancial a causa del retraso de las elecciones provinciales. A lo sumo, de lo único que cabría hablar es de un simple retraso temporal en el ejercicio de tal derecho. Ahora bien: es obvio que no cabe comparar un simple retraso en el ejercicio de un derecho fundamental con la privación absoluta del mismo. Y menos aún cabe considerar más importante evitar el retraso en el ejercicio del derecho de unos que evitar la total privación del derecho de otros. El mismo razonamiento cabe aplicar, mudando lo mudable, a la confrontación entre el derecho de participación política de los ciudadanos de unos y otros municipios. La conclusión es clara: el legislador orgánico ha cometido el imperdonable error de privar por completo a unas personas de un derecho fundamental con el único objetivo de evitar que otras personas tuviesen que soportar un relativo retraso en el ejercicio del suyo. La comparación es, a todas luces, odiosa.

Semejante es el resultado de la confrontación del derecho fundamental de los concejales electos en la repetición de elecciones con la exigencia de que la voluntad popular expresada en las urnas se plasme sin dilación en la composición de las instituciones. Tampoco aquí existe realmente tal conflicto, cuyo planteamiento teórico obedece a un puro sofisma, consistente nada

menos que en excluir de esa voluntad popular a los ciudadanos de los municipios donde se hayan anulado los comicios. Y es que, en puridad, en el ámbito de unas elecciones provinciales no puede hablarse de una voluntad popular expresada en las urnas hasta tanto dicha voluntad no se exprese en todos y cada uno de los municipios que integran la provincia. Hasta tanto esto no suceda, la voluntad popular no se habrá expresado de modo completo, sino parcial. Y hasta tanto no se complete su cabal e íntegra expresión, dicha voluntad popular no existirá en sentido estricto, y por ende no podrá ponerse en juego ni surtir efectos. Con todo, cabría argumentar –como hizo el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en las dos sentencias de referencia– que lo esencial, en un sistema de listas cerradas como el español, es el reparto de escaños entre formaciones políticas, y que ello permite obviar la crítica formulada y considerar correcta la doctrina de la Junta Electoral y, por tanto, la nueva redacción del artículo 205.1, en la medida en que esta salvaguarda lo que, si se permite la expresión, podríamos llamar una voluntad popular operativa (esto es, aquella que determina el reparto de escaños entre los partidos políticos). Pasando por alto el evidente sesgo partidocrático de semejante planteamiento (que parece considerar como un dato baladí nada menos que la identidad personal de los candidatos en un proceso electoral, argumento a todas luces inaceptable en un sistema electoral como el nuestro, en el que el simple hecho de tachar un nombre en una lista de decenas de candidatos ya acarrea la nulidad del voto emitido), lo cierto es que este carece por completo de sentido en unas elecciones como las provinciales, en las que es absolutamente falso que rijan un sistema de listas cerradas por partidos políticos. El sistema de elección de los diputados, ciertamente, emplea listas cerradas (una vez más, no por decisión expresa de la Ley, sino en virtud de una interpretación de la Junta Electoral, que no es el propósito de este estudio discutir). Pero no se trata de listas cerradas elaboradas por un partido político, sino de listas cerradas elaboradas por los concejales de un partido, pudiendo existir, como ya se explicó, hasta tres listas de candidatos pertenecientes a una única formación política. A partir de la constatación de este hecho, el argumento del Tribunal Superior gallego se derrumba como un castillo de naipes, en la medida en que no corresponde a la realidad de las elecciones provinciales: no cabe hablar de una voluntad popular operativa determinada por el solo reparto de escaños entre forma-

ciones políticas, porque las elecciones provinciales no consisten en una contienda entre listas cerradas únicas de cada partido político, sino en un proceso bifásico en el que el reparto de escaños se hace prescindiendo de cualquier candidatura, y en el que la determinación de las candidaturas y su elección se realiza posteriormente entre los concejales, libremente y sin más requisito que el aval de un tercio de ellos a cada candidatura presentada. En definitiva, el argumento del Tribunal Superior de Justicia no es aceptable porque la sola voluntad popular expresada en las urnas no es capaz de perfeccionar por sí sola el resultado de las elecciones provinciales, sino solamente uno de sus elementos –el reparto de escaños–, que en modo alguno puede considerarse prevalente sobre el segundo de ellos –la elección propiamente dicha, en la cual la identidad de los candidatos es un elemento absolutamente esencial–.

Por último, la inconveniencia de prolongar el mandato de las diputaciones en funciones es, justamente, eso: un inconveniente, una anomalía temporal, pero expresamente prevista en la Ley como solución provisional en estos casos. De otra parte, es cuando menos discutible, jurídica y políticamente, que una Diputación elegida sin la participación de los concejales de un Ayuntamiento dado goce de una mayor legitimidad que una Diputación en funciones, pero regularmente elegida y en todo caso limitada a la Administración ordinaria de las competencias provinciales. Por lo demás, la misma inconveniencia se produce en los ayuntamientos afectados por la repetición de elecciones, y no por ello la Ley impone la constitución apresurada de los Gobiernos municipales (que sería teóricamente posible en el caso habitual en que la anulación solo afecte a alguna mesa electoral, realizando el reparto de concejales a partir de los resultados obtenidos en el resto de mesas no afectadas por la anulación) antes de la completa consumación del proceso electoral. En aras del sentido común, la misma regla ha de ser aplicable en el caso de las diputaciones provinciales.

Pero todavía cabe hablar de un tercer error que corroe los pilares teóricos de la reforma. Un error que es, quizá, el menos disculpable de todos, por cuanto, como se verá en seguida, su apreciación no exige de los esfuerzos dialécticos que ha sido preciso desplegar para denunciar los dos primeros a que se refiere este análisis. Este tercer error consiste en haber obviado la existencia de otras posibles reformas alternativas que hubiesen resuelto limpiamente la problemática del retraso en la constitución de las diputaciones, problemas en los casos

de repetición de las elecciones municipales por anulación judicial de las mismas. En concreto, existen al menos dos soluciones alternativas que –estas sí– permitirían conciliar verdaderamente los derechos electorales de los concejales elegidos en los comicios repetidos con la tantas veces aludida exigencia institucional de no retrasar la constitución de las diputaciones. La primera de ellas –que, personalmente, me parece preferible– consiste en algo tan sencillo como agilizar la repetición de las elecciones municipales. Ya hemos tenido ocasión de ver cómo el plazo de tres meses establecido en la Ley debe considerarse un plazo máximo, que no tiene por qué ser agotado. Pero, en todo caso, nada impedía dar un paso más allá y agilizar preceptivamente el proceso. No hay ninguna razón para que la repetición de las elecciones municipales se demore durante meses. Absolutamente ninguna, máxime cuando lo único que ha de repetirse es el acto de la votación. Un plazo breve –quince o veinte días– sería, a mi juicio, más que suficiente. En orden a agilizar aún más dicho proceso, podría incluso haberse atribuido al propio Tribunal que anula las elecciones la realización del acto de convocatoria, ya en el fallo de la misma sentencia. A fin de cuentas, la convocatoria efectuada por el Consejo de Ministros no deja de ser un puro acto debido, determinado justamente por el fallo judicial anulador de los comicios. Esta solución alternativa permitiría minimizar –hasta el extremo de lo puramente anecdótico– el posible daño a la exigencia institucional de constitución de las diputaciones (que se cifraría en un simple retraso de un par de semanas), sin sacrificar por ello los derechos fundamentales de nadie.

Una segunda alternativa podría consistir en extender la actual regla complementaria del inciso final del párrafo tercero del artículo 205.1 a todos los casos de repetición de elecciones municipales por anulación, y no solo a aquellos en que la repetición provoque una alteración de puestos. Esa fórmula permitiría tanto la constitución de la Diputación sin demora alguna –aunque con carácter provisional– como la garantía del derecho de los concejales a ser electores y elegibles una vez adquieran su cargo. Naturalmente, la repetición de elecciones provinciales solo procedería en aquellos partidos judiciales afectados por la anulación. Con todo, esta segunda opción es, a mi entender, menos deseable que la primera que se propone, debido a que puede ser causa de inestabilidad institucional en las diputaciones, al dar entrada en las mismas a diputados provisionales con un breve mandato de meses, lo que obviamente constituye una anomalía que puede

dar lugar a importantes conflictos internos en el seno de los grupos políticos provinciales, de consecuencias mucho más importantes de lo que pudiera parecer a primera vista.

Lamentablemente, el legislador –probablemente inconsciente de las premisas erróneas de que partía, inducidas por una equivocada base doctrinal y jurisprudencial– no fue capaz de advertir ninguno de estos errores, como revela la total ausencia de debate parlamentario. La concatenación de estos, sin embargo, arroja el indeseable resultado de una reforma legal inconstitucional (puesto que vulnera el derecho fundamental de sufragio pasivo y activo de los concejales electos en municipios donde se repitan las elecciones previamente anuladas, degradando a estos a la condición de concejales de segunda categoría, despojados de la posibilidad de ser diputados provinciales o, al menos, de participar en su elección; y, por extensión, vulnera igualmente el derecho de los ciudadanos de los municipios afectados a participar en los asuntos públicos), incongruente con el diseño general del sistema electoral provincial (pues, siendo la provincia una colectividad local determinada por la agrupación de municipios, es obvio que en la formación de su Gobierno debe participar el conjunto de esa colectividad –pues esta es la base de su legitimación democrática–, y, por consiguiente, al proceso electoral deben estar llamados los concejales de todos los ayuntamientos, sin perjuicio de que pueda establecerse un umbral mínimo de representatividad para ello) y, por último, perfectamente innecesaria, puesto que, para resolver la problemática a la que supuestamente se deseaba hacer frente, existían alternativas sencillas y por completo carentes de las contraindicaciones señaladas.

Un último apunte, ya para concluir. Al exponer en el epígrafe segundo de este estudio el objeto y contenido de la reforma sufrida por el artículo 205.1, se indicó el posible problema de interpretación, suscitado por el dato de que la regla especial del párrafo tercero definiese el supuesto de hecho determinante de su aplicación como la repetición de elecciones “en algún municipio”, en singular. El interrogante que se abre es el siguiente: ¿sería aplicable esta regla en el caso de que las elecciones municipales hubieran de repetirse en más de un municipio? Como ya expuse en su momento, la respuesta afirmativa es la interpretación correcta, pues no existe ninguna razón para entender que esa regla especial deba decaer en tales supuestos, más allá de la dicción literal de la norma, que probablemente

sea involuntaria. La interpretación teleológica de este precepto –ajustada ahora, forzosamente, al criterio de la Junta Electoral– no permite extraer otra conclusión. Ese error de dicción, sin embargo, es sumamente revelador: con toda probabilidad, su origen reside en el hecho de que la doctrina de la Junta Electoral se decantó precisamente para supuestos en que la anulación de las elecciones se producía en un único municipio, habitualmente un pequeño municipio rural, cuya relevancia –desde el punto de vista de la aritmética electoral a escala provincial– era escasa. Es de suponer que –dado el carácter eminentemente técnico de la Junta Electoral– esa misma doctrina se hubiese mantenido invariable en el caso de que esta problemática se hubiese planteado en grandes ciudades o en un número relevante de municipios. Pero, al margen de ello, y al ser perfectamente posible que en un supuesto semejante el resultado final del reparto de escaños no se alterase (lo que conllevaría que los concejales afectados no pudiesen participar en las elecciones provinciales), hay que advertir que en el caso de que la repetición tenga lugar en varios municipios, o en municipios de cierta entidad, las consecuencias prácticas tendrán, a buen seguro, una enorme trascendencia desde el punto de vista político, ya que las probabilidades de que se viesen privados del derecho de acceso al cargo de diputado candidatos de gran relevancia serían muy altas. Es habitual, por ejemplo –y entra dentro de la lógica política ordinaria– que el candidato a la Presidencia de una Diputación sea un concejal –o un alcalde– electo por un municipio de cierta importancia. De darse un supuesto semejante –una mera hipótesis, ciertamente, pero no desdeñable–, la reforma del artículo 205.1 podría llegar a convertirse en causa de graves distorsiones de los procesos políticos de formación de los Gobiernos provinciales. Por ello, cabe preguntarse si realmente esta reforma legal se habría llevado a cabo de haber sido los parlamentarios que votaron a su favor conscientes de esta posibilidad, que dudo mucho fuese siquiera tomada en consideración, a la vista del escaso interés que despertó entre los grupos políticos este aspecto de la reforma electoral. La práctica inexistencia de debate parlamentario en torno a esta cuestión no permite dar respuesta a este interrogante. Lo cual ya es una razón más que suficiente para reclamar que, más pronto que tarde, se abra, por quien corresponda, ese imprescindible debate político que, hasta la fecha, simplemente no ha tenido lugar. ■

Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública

Joan Mauri Majós

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

Resumen

También en el sector público la crisis económica es una crisis de empleo y una crisis de condiciones de trabajo, crisis que habrá que superar introduciendo criterios de flexibilidad externa e interna. En el ámbito de la función pública la flexibilidad externa debe subordinarse al derecho a la inamovilidad en la condición funcionarial, pero existe una posibilidad real de adaptación numérica de las plantillas a través de una adecuada utilización de las figuras de planificación, una correcta gestión del sistema de nombramientos temporales y de las posibilidades existentes para una política ordenada de contratación y externalización de actividades. En el ámbito de la flexibilidad interna el camino es inmenso para la adopción de medidas de eficacia orientadas a facilitar una gestión de recursos humanos funcional, que permita un aprovechamiento racional de la carga de trabajo existente, facilite la distribución interna de los efectivos hacia ámbitos prioritarios y refuerce la productividad de los recursos públicos. El sistema jurídico permite la adopción de todas estas medidas, a las que solo se oponen la falta de capacidad técnica de las estructuras locales y un arcaico sistema de relaciones laborales que acaba por petrificar las condiciones de empleo.

Palabras clave: *crisis económica; función pública; flexibilidad; gestión de las condiciones de empleo.*

Abstract

Also in the public sector the economic crisis is a crisis of employment and working conditions, crisis to be overcome by introducing criteria for external and internal flexibility. In the field of public external flexibility has to subordinate the right to security of tenure in the civil service status, but there is a real possibility of numerical templates adapted through an appropriate use of figures of planning, a proper management of the temporary appointment and the possibilities for an orderly political recruitment and outsourcing of activities. In the field of internal flexibility is huge the way for the adoption of efficiency measures designed to facilitate human resource management functional, to enable a rational use of existing workload, to facilitate the internal distribution of priority areas towards priority areas and effective to enhance the productivity of public resources. The legal system allows for the adoption of these measures that oppose only the lack of technical capacity of local structures and an archaic system of labor relations that eventually petrify the conditions of employment.

Keywords: economic crisis; civil service; flexibility; management of conditions of employment.

1. La crisis económica parece haber detenido el proceso de construcción del Estado del bienestar producido en las últimas décadas. El ciclo de crecimiento que ha amparado la evolución ascendente del empleo público y la mejora de sus condiciones de trabajo puede considerarse acabado. De hecho, la disciplina presupuestaria y el criterio de sostenibilidad fiscal se imponen como un dato permanente de la realidad del sector público y apuntan a exigencias de contención, optimización y flexibilidad en la gestión del capital humano. La crisis abre un período de ajuste, pero sin duda puede dar lugar también a una fase de reflexión y de posible innovación institucional. Es el momento de primar la lógica de la necesidad sobre la lógica del privilegio para poder mantener una política de solidaridad que tiene su máxima expresión en el concepto de servicio público, y para mantener ese objetivo esencial no se debe caer en la tentación de realizar un discurso simple y reductor, fundamentado en la búsqueda de culpables externos de nuestras dificultades como pueden ser el capital financiero, la globalización y la maximización sin riesgo del beneficio. El inmovilismo no es una solución eficiente, porque todos sabemos que el sistema de derechos y garantías propio del empleo público presenta una serie de disfuncionalidades que ha llegado el momento de resolver, y porque la reducción del gasto en personal se convierte en un objetivo fundamental de cualquier Gobierno que quiera mantener el necesario equilibrio en las cuentas públicas. A nuestro entender la crisis económica o, para nuestras Administraciones Públicas, la crisis fiscal y de gasto público, va a significar la necesidad de recorrer dos vías: el camino del ajuste, lo que implica una reducción de costes laborales; y el camino de la productividad, lo que significa un incremento del rendimiento basado en una modificación de las condiciones del entorno laboral. Dicho de otra manera, también en el empleo público esta crisis es una crisis de empleo y una crisis de las condiciones laborales que conocemos.

2. Uno de los conceptos esenciales que va a recorrer de manera universal el debate sobre la adaptación de los sistemas de relaciones laborales de la Unión Europea a las consecuencias de la crisis económica es el de flexibilidad. En el sector privado la flexibilidad se refiere básicamente a la capacidad empresarial de gestionar la fuerza de trabajo para hacer frente a las condiciones cambiantes del mercado a fin de reforzar la competitividad y la productividad reduciendo los costes de trabajo. En el sector público, el

concepto de flexibilidad remite a los viejos conceptos de continuidad y mutabilidad de la actividad de servicio. Si los poderes públicos entienden que deben encargarse de una actividad es porque se considera que existe una necesidad de la comunidad que debe satisfacerse de una manera imperiosa y prioritaria; por tanto, la actividad de servicio público debe proseguir cotidianamente de una manera regular, continua y adaptada. El principio de continuidad es inherente a la existencia misma del Estado, sin que pueda concebirse la tesis de un Estado intermitente, de un servicio público inestable. Por tanto, los Gobiernos han de adoptar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento regular del servicio público. El aseguramiento del servicio público corre parejo a su mutabilidad. Las prestaciones garantizadas por los servicios públicos deben adaptarse constantemente a las necesidades de los ciudadanos. Si las circunstancias cambian, si el interés general presenta nuevas exigencias, los servicios públicos deben seguir el mismo camino. De manera general, la ley del progreso aplicada al servicio público exige que las prestaciones aseguradas a los ciudadanos mejoren en eficacia y calidad: los procedimientos técnicos nuevos y las formas de gestión más eficientes han de sustituir a los antiguos sin traba alguna derivada del régimen de personal. El aseguramiento y la adaptación constante del servicio se imponen por naturaleza a los agentes públicos. Precisamente este es un aspecto esencial del trabajo público: la situación del conjunto de empleados, que aparece dotada de una especial estabilidad en el empleo, no garantiza unas determinadas condiciones de trabajo, que siempre resultan relativas y sometidas a la ley de la adaptación del servicio en función de las cambiantes situaciones económicas y sociales del momento. Por tanto, aquí la flexibilidad se refiere a una estrategia tendente al incremento de capacidades de las autoridades públicas para gestionar el proceso de aseguramiento y adaptación de los servicios públicos al entorno social y a las bases fiscales que los sustentan, lo que permite la adopción de medidas orientadas a incrementar la productividad de la fuerza de trabajo, optimizar el factor de personal y limitar sus costes. Lógicamente, en la etapa actual de la crisis se tiende a hacer prevalecer el principio de eficacia y de servicio sobre el principio de protección de los derechos de los empleados públicos, de manera que el derecho del empleo público tiende a conformarse más como un derecho del servicio, como

un derecho del trabajo público al servicio del interés general y de una economía de resultados. A partir de aquí, convendrá plantearse si nuestra legislación de función pública tiene mecanismos suficientes para incorporar en sus relaciones laborales estrategias de flexibilidad que respondan a un doble orden de prioridades: garantizar las necesidades de prestación de servicios y mantener el derecho al empleo –entendido como derecho al trabajo y no como derecho al puesto de trabajo– en el marco de una gestión del personal más rigurosa con la profesionalidad, la responsabilidad y la dedicación de las personas, recordando que más allá del mantenimiento de un elemental principio de seguridad jurídica, la estabilidad del empleo público no tiene un valor en sí misma si no se traduce en aspectos que tienen que ver con la mejora de la competencia profesional, la dedicación y el compromiso del trabajador con el servicio público y sus valores implícitos de aseguramiento de la vida social.

3. Aunque el concepto de flexibilidad tiene una multiplicidad de utilizaciones, hay dos grandes tipos de flexibilidad: la numérica o externa y la funcional o interna. La flexibilidad externa alude a la capacidad para realizar contrataciones y despidos, dependiendo, por tanto, de las diversas modalidades legales de contratación o despido, así como a las facultades para organizar el proceso productivo, ya sea acudiendo a los servicios de otras empresas o a la descentralización del proceso productivo mediante el recurso a la contratación y a la externalización de actividades. La flexibilidad interna alude a la capacidad empresarial de modificar las condiciones de empleo y la organización del trabajo dentro de la empresa. Por consiguiente esta modalidad se encuentra vinculada a los distintos elementos que definen las condiciones de empleo de los trabajadores y los poderes del empresario con vistas a su modificación. En concreto, influyen en la flexibilidad interna regulaciones relativas a diferentes instituciones como el encuadramiento profesional, los instrumentos de ordenación y gestión de personal, la movilidad funcional, las perspectivas de carrera profesional, el sistema de modificación de las diferentes condiciones de trabajo o, en un catálogo no cerrado, los sistemas de remuneración y rendimiento y los relativos a la organización del tiempo de trabajo. En todo caso un principio esencial ha de quedar claro: el objetivo esencial de los requerimientos de mayor flexibilidad es favorecer la reasignación y adaptación del factor trabajo.

4. En el ámbito de la función pública, la flexibilidad numérica ha de subordinarse al derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario público de carrera, previsto en el artículo 14 EBEP, como uno de los derechos individuales básicos que caracterizan el régimen jurídico de este personal, derecho que impide la posibilidad de utilizar mecanismos extintivos de la relación de servicio como posible instrumento para la reducción de personal, y por tanto del gasto público, aunque a ello se atreva alguna previsión autonómica como la planteada en el denominado “Plan Moderna” de la Comunidad Foral de Navarra, que afirma como uno de sus objetivos “suprimir el carácter vitalicio de los funcionarios”. Hoy por hoy la relación de función pública, de conformidad con la legislación básica del Estado, no se puede extinguir, pero sí se puede suspender, utilizando al efecto la figura de los planes de empleo que dan paso a las correspondientes situaciones administrativas y que serán objeto de consideración en otra ponencia. Con todo, la flexibilidad numérica en la Administración puede obtenerse actualmente a través de la utilización de las diferentes modalidades de nombramiento o contratación de personal que no implican estabilidad en el empleo público. Igualmente, a partir del mes de abril de este año es posible acudir a los servicios de las ETT para la realización de tareas públicas que no estén reservadas a los funcionarios por una norma con rango de ley, lo que *a sensu contrario* implica que las tareas de los puestos de trabajo no reservados, aunque estén ocupados por funcionarios, podrían encomendarse a trabajadores de las ETT, con independencia de los criterios funcionales de actuación de las ETT en las Administraciones que se acaben estableciendo. Por otra parte, el recurso a la contratación y a la externalización de actividades es bien conocido por nuestras Administraciones, hasta el punto de que ha dado lugar a una verdadera redistribución de tareas entre la organización matriz, los entes instrumentales y los terceros privados.

5. Descontada la existencia de una notable rigidez numérica en el empleo público, hay que prestar, pues, una especial atención a las medidas de flexibilidad interna. En la Administración existe un amplio recorrido para la adopción de medidas de eficacia orientadas a facilitar una gestión de los recursos humanos más funcional, que permita un aprovechamiento racional de la carga de trabajo existente, facilite la distribución interna de los efectivos de personal hacia ámbitos prioritarios, refuerce la productividad y mejore la optimización de los recursos públicos.

En esta dirección convendrá analizar las siguientes áreas:

a) La consideración de los sistemas de ordenación profesional, y muy especialmente, del sistema de escalas y subescalas, clases y categorías; la mejora de los procesos de selección que permitan incrementar la calidad de los empleados públicos; y la equilibrada ordenación de funciones y tareas que se produce a través de relaciones de puestos de trabajo.

b) La referida a la movilidad que se articula a través de los mecanismos de provisión de puestos de trabajo y de la posición en las distintas situaciones administrativas.

c) El incremento de la profesionalidad de los empleados públicos que se producirá a través de un sistema de carrera fundamentado en la evaluación del desempeño.

d) La relativa al ajuste de retribuciones y a la necesidad de actuar en materia retributiva sobre una estructura muy rígida, en la que habrá que plantearse los correspondientes cambios en el sistema de compensación e incentivación.

e) La relacionada con la organización del tiempo de trabajo y con la introducción de formas de trabajo no ordinario, como puede ser el trabajo a tiempo parcial.

6. Una estrategia de flexibilidad exige una reorientación de las políticas de relaciones laborales. Adoptar medidas de flexibilidad implica un sistema que cambie el papel de los sujetos colectivos, la estructura y el propio ámbito de la negociación colectiva. Si se quiere dar prioridad a una adaptabilidad interna negociada necesitamos un sistema eficiente, riguroso y legal de negociación colectiva. Sin duda habrá que plantearse el tema de la modificación del acuerdo de condiciones de trabajo durante su vigencia o la posible negociación *ante tempus* de los acuerdos y convenios colectivos. En cualquier caso, los sindicatos deberán admitir que una política de defensa del empleo y de los servicios públicos debe fundamentarse en la posibilidad real de seguir manteniéndolos en un entorno de equilibrio fiscal y presupuestario, lo que conecta con la necesidad de profundizar en los mecanismos de adaptación de los recursos humanos a las necesidades del interés público. Por tanto, para las organizaciones sindicales la situación de crisis económica reclama un especial compromiso y responsabilidad en su actuación, lo que pasa por una facilitación en la negociación colectiva de los procesos de flexibilidad interna, particularmente de la disponibilidad en el empleo, las estructuras salariales y el tiempo de trabajo.

7. Igualmente, no estará de más advertir de la necesidad de una nueva organización de la función de recursos humanos en nuestras Administraciones locales. Una de las modalidades esenciales de la flexibilidad organizativa reside en la articulación de estrategias de cooperación entre empresas que permitan una mejor utilización de los recursos técnicos y la constitución de áreas efectivas de gestión. En el ámbito público se advierten dos tipos de necesidades: la primera, la necesidad de superar el actual estado de regulación del empleo público local, sistematizando y cohesionando su normativa dispersa y fragmentada por las sucesivas modificaciones legislativas y por el tortuoso sistema de articulación de competencias en materia de función pública local; la segunda, la de fortalecer la cooperación para la modernización de los sistemas de gestión de las personas que prestan sus servicios en aquellas entidades de menor población que no cuentan con la suficiente capacidad técnica.

8. La temporalidad en el empleo resulta ser muy similar en el sector público y en el sector privado. Según datos del CES para el año 2009, la tasa de temporalidad en el sector privado es del 25,2%, mientras que la misma tasa para el sector público se sitúa en el 24,5%. Es bien conocido el hecho de que el ajuste en el sector privado se ha producido sobre el empleo temporal, que ha caído un -16,7% durante el período 2008-2009, afectando a un total de 630.000 personas, mientras que en el sector público la disminución en el mismo tipo de empleo se ha producido en un -4,8%, afectando a un total de 38.000 personas. De hecho, en el sector público, por primera vez en muchos años, también se redujo el número de asalariados temporales y creció el de indefinidos, propiciando una reducción de la tasa de temporalidad, aunque no lo bastante como para afirmar un cambio de tendencia. Estas cifras permiten afirmar que existe un margen considerable para un ajuste de plantillas públicas, sobre todo en aquellas comunidades autónomas donde el peso del sector público sobre el total del empleo es mayor, tal como ocurre en Extremadura (25,4%), Castilla-La Mancha (18,8%) y Canarias (18,2%), que superan ampliamente la media estatal, situada en un 15,3%. En todo caso, hay que ser consciente de que la temporalidad en el empleo público tiene una serie de causas estructurales, entre las que se encuentran las de naturaleza económica y presupuestaria. Es más, el Informe del CES sobre la temporalidad en el empleo público (2004) nos advierte de que el crecimiento de

la tasa de temporalidad puede haberse producido a la vez por una política de topes o de contención de la dotación de recursos humanos con carácter general, y por la existencia de necesidades de gasto en nuevos servicios y actividades en expansión que no van acompañadas, sin embargo, de una base financiera y presupuestaria estable y previsible. De aquí que seguramente en los próximos años vayamos a asistir a una serie de movimientos que se van a producir en tres direcciones distintas:

a) El ajuste de la cartera de servicios de las Administraciones locales, priorizando los que tengan carácter obligatorio y renunciando a aquellas actividades voluntarias que no tengan una base fiscal sólida, lo que sin duda producirá la no renovación de los contratos temporales existentes en el correspondiente ámbito.

b) El recurso a los mecanismos de provisión temporal de aquellos puestos de trabajo que se consideren imprescindibles para no violentar el marco de reposición de efectivos autorizado en las leyes presupuestarias sobre las ofertas públicas, aunque ello signifique burlar las leyes presupuestarias.

c) La prosecución de los procesos de estabilización de aquellos puestos de carácter estructural que se encuentren desempeñados interina o temporalmente, aunque ello signifique burlar la limitación establecida en la disposición transitoria cuarta EBEP.

9. Un dato no menor en la estructura de la temporalidad pública es el determinado por el régimen jurídico. Si atendemos al Informe del Observatorio de Gobierno Local para el año 2007 (Cataluña), el porcentaje de funcionarios interinos sobre el total de funcionarios era en el año 2004 del 9,5%, y en el año 2006 del 5,3%, mientras que el porcentaje de personal laboral con contratos de duración determinada sobre el total de personal contratado en régimen laboral era para el año 2004 del 37,9%, y en el año 2006 del 42,2%. Por tanto, puede afirmarse sin un particular esfuerzo interpretativo que la temporalidad en el empleo público es esencialmente "laboral". Pero, en mi opinión, ese es un dato a punto de cambiar, si no ha cambiado ya. El artículo 10 EBEP ha flexibilizado el régimen de los funcionarios interinos, introduciendo en el sistema de temporalidad de las Administraciones Públicas una serie de figuras administrativas de una enorme potencialidad, como puede ser el nombramiento interino para la ejecución de programas de carácter temporal o para cubrir el exceso o acumulación de tareas por un plazo máximo de seis meses dentro de un período de doce meses. Estas figuras son nuevos

supuestos de interinidad funcional, que en realidad replican los supuestos laborales de obra o servicio y de eventualidad. Pero son algo más que eso si tenemos en cuenta los factores siguientes:

a) En primer lugar, el elevado grado de imprecisión con que se maneja el concepto "programa de carácter temporal", ya que dicho enunciado remite a una serie ordenada de operaciones para llevar a cabo una acción o proyecto específico que finalizará en un momento temporal determinado aunque de posible concreción incierta, lo que le dota de una extraordinaria flexibilidad, ya que dicho concepto permite atender a la prestación de servicios derivados de la actividad de la entidad local, con el único límite de aquellos servicios de carácter obligatorio o de aquellas actividades de naturaleza estructural propias de la Administración general de la entidad local; ello quiere decir que dichos programas temporales podrán disponerse y justificarse en base a subvenciones o ayudas externas, que permitan mantener servicios o actividades de carácter voluntario o no obligatorio para la correspondiente corporación local.

b) En segundo lugar, no estará de más advertir de la diferencia existente en el tratamiento de la irregularidad en el ámbito laboral y administrativo, ya que, como es sabido, el tratamiento de la irregularidad en la contratación laboral del sector público desemboca en la conversión del contrato temporal en un contrato concertado por tiempo indefinido, pero no fijo; en cambio, la ausencia del factor de temporalidad en la formulación del programa y, por tanto, la falta de causa legítima para el nombramiento de los correspondientes funcionarios interinos, no comporta su transformación en un nombramiento de interino por vacante, sino su nulidad, procediendo su cese, cese que también puede ordenar la Administración terminada la ejecución del programa o si, simplemente, desiste de llevarlo a cabo (SSTSJ del País Vasco de 19 de enero de 2001, JUR/2001/256494, y de 13 de mayo de 2005, JUR/2005/212254).

c) Finalmente, conviene reflexionar sobre un dato objetivo no menor: después de la reforma laboral producida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, va a producirse un incremento progresivo de la indemnización por finalización de los contratos temporales, que pasará de los actuales 8 días por año trabajado en 2011, a 9 en 2012, a 10 en 2013, a 11 en 2014 y a 12 en 2015, sin que las mismas indemnizacio-

nes se hayan previsto para los nombramientos de funcionarios interinos. Por tanto, podríamos afirmar que desde una perspectiva estricta de carácter empresarial, el EBEP ha procedido a “descausalizar” la figura del interino eventual o por programas, cuyo uso, además, parece menos comprometido y más económico desde una lógica estricta de carácter presupuestario, todo ello sin perjuicio de que la utilización de las relaciones temporales de prestación de servicios esté sujeta también en el ámbito público a la normativa comunitaria en materia de trabajo temporal (Directiva 99/70/CE), cuya aplicación no parece excluir la regulación de carácter administrativo que se asigne a la relación temporal, lo que implica que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro de la Unión Europea ha de contener medidas efectivas para evitar y sancionar la utilización abusiva de las relaciones temporales de duración determinada, medidas que en nuestro caso parecen haberse ignorado por el legislador estatal, y cuya efectiva plasmación deberán adoptar las correspondientes leyes de función pública de las comunidades autónomas o la negociación colectiva ante la falta de especificación de la norma básica sobre empleo público.

10. La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ha introducido un nuevo régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, que pretende eliminar las limitaciones actualmente vigentes para la utilización de ETT por las Administraciones Públicas, derivadas de la disposición adicional quinta de la Ley 30/2007 de contratos del sector público, que prohibía su utilización, excepto cuando se trate de puestas a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos, limitaciones que han dejado de ser aplicables el pasado 1 de abril de 2011. En todo caso, la reforma operada parece advertir las dificultades de admitir un uso discrecional de las ETT en el sector público, por ello se establecen una serie de condicionamientos a su utilización: uno de carácter absoluto, que impide que se realicen contratos de puesta a disposición “para la realización de tareas que, por una norma con rango de ley, estén reservadas a los funcionarios públicos”; otro de carácter relativo, que se relaciona con la apertura de un proceso que ha de conducir a la fijación por el Gobierno, antes del momento de la efectiva derogación de las restricciones vigentes y previa negociación en la Mesa General de las Administraciones Públicas, de “los criterios funcionales de aplicación” de la nueva

situación en que las ETT pueden actuar con respecto a Administración.

Conviene señalar aquí dos datos que pueden ser relevantes para la utilización de este particular instrumento de flexibilidad que representan las ETT:

a) Lo que se excluye de la puesta a disposición son las funciones reservadas por ley a funcionarios públicos, funcionarios que pueden ocupar otras funciones no reservadas que podrán ser cubiertas o complementadas de forma temporal con el recurso a personal de las ETT.

b) Las cláusulas de los instrumentos colectivos que prohíban celebrar contratos de puesta a disposición para ocupar con carácter temporal puestos de trabajo de forma genérica o indeterminada, o que restrinjan de una forma indebida por falta de justificación objetiva y razonada el recurso al trabajo a través de ETT, devienen inaplicables por ministerio de la ley a partir de 1 de abril de 2011, de ahí que, a reserva de la decisión del Gobierno o mientras esta no se produzca, se puede admitir un uso ocasional, prudente y razonable, de la contratación de ETT para aquellas actividades que la ley estatal o autonómica no reserve a los funcionarios públicos.

11. Una vía de flexibilización que viene a utilizarse cada vez más por nuestras Administraciones es la del contrato de servicios con empresas, entidades del tercer sector o personas físicas en régimen autónomo. Dichos contratos pueden concertarse para la cobertura de diferentes finalidades como pueden ser la ayuda a domicilio, el cuidado de minusválidos profundos, la gestión de entidades culturales o deportivas o la explotación de centros culturales o de teatros públicos, el tratamiento de expedientes simples o la toma y grabación de datos para la informatización de un servicio o la puesta en funcionamiento de equipamiento y sistemas informáticos. Dichos contratos se constituyen, pues, en vehículos idóneos para externalizar diversas actividades de carácter social, cultural o de promoción económica, pero también administrativas y de carácter económico. Para ello, pueden utilizarse legítimamente los artículos 10 y 277.1 de la Ley de contratos del sector público, donde se definen los contratos de servicios como aquellos cuyo “objeto sean prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro”, siempre y cuando los servicios no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a

los poderes públicos. Ciertamente, el recurso a la contratación de empresas de servicios externos puede ser una vía de excepcional interés para facilitar la entrada de nuevos actores vinculados a asociaciones o movimientos ciudadanos en la provisión de servicios o para mejorar los costos y la eficiencia económica en la provisión de servicios, pero de hecho los estudios existentes nos dicen que detrás de la contratación de servicios suelen estar las dificultades con que se encuentran las Administraciones Públicas para ampliar sus plantillas, con costes salariales elevados y con sistemas de provisión de puestos de trabajo que privilegian la antigüedad sobre el nivel de especialización y de adaptación a necesidades urgentes y sobrevenidas o a demandas puntuales de servicios técnicos que impiden su prestación por empleados públicos. A menudo, las limitaciones que imponen las previsiones presupuestarias en materia de personal y el mismo sistema de gestión del empleo público, configuran la externalización y la prestación de servicios como una especie de salida ante la presión existente para mantener y prestar servicios con unas plantillas de personal congeladas y con una baja cualificación profesional. El problema estriba en que, a menudo, también la contratación de empresas de servicios encubre auténticas contrataciones de personal a través de un empresario aparente que carece de infraestructura, de un verdadero centro de trabajo y de una efectiva organización, dirección y control de su propia actividad, y cuya viabilidad económica es dudosa al margen del contrato establecido con la propia entidad pública. Se produce de esta manera una cesión ilegal de trabajadores, que puede dar lugar a la adquisición por el trabajador o grupo de trabajadores de la condición de personal indefinido, aunque no fijo, obligando a la corporación local a la correspondiente creación de la plaza y a mantener la subsiguiente relación laboral, hasta que proceda a cubrirla de conformidad con los principios de igualdad y mérito. Es decir, la contratación de servicios que aparece en principio como un elemento de flexibilidad, acaba por desembocar en incrementos de plantilla sin los correspondientes estudios sobre la necesidad y oportunidad que deben preceder a cualquier aumento de personal, tal como ha denunciado el Tribunal de Cuentas en su Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración

en virtud de sentencias judiciales (827/2009), lo que se ha plasmado recientemente en la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la mencionada Moción (BOE 15. 10.01.2011). La externalización de actividades a través de su contratación con empresas o entidades de servicios, bien planteada y ejecutada, sobre un objeto lícito, sigue siendo un instrumento esencial de economía pública, de participación ciudadana en la provisión de bienes y servicios, y por qué no decirlo, de disciplina y control de las condiciones de trabajo de los propios empleados públicos. Cuestión distinta es que el recurso a la contratación de servicios externos ha de ir precedido siempre de una reflexión sobre las implicaciones que el proceso puede tener en términos de garantía de los derechos de los ciudadanos o de riesgos de captura de servicios estratégicos estrechamente vinculados a la toma de decisiones; ha de determinar con precisión las prestaciones a realizar, y analizar detalladamente las características y las oportunidades de la oferta existente, cuidando especialmente los pliegos de condiciones del contrato en que se recogen las especificaciones sobre los estándares del servicio y los mecanismos de control de resultados; ha de evitarse que su ejecución se desvíe de lo pactado, evaluándose realmente su resultado para que no acabe produciendo un incremento de costes de producción o una pérdida de calidad en la prestación del servicio, y lo que es peor, una imputación de responsabilidades de todo tipo a la misma Administración. Pero, en todo caso, si la externalización es una respuesta de gestión a la rigidez en materia presupuestaria y de gestión de personal existente en la Administración, conviene modificar el tratamiento de los factores que están dificultando la adaptación y el progreso técnico en el servicio público y, en resumen, lo están privando de eficacia en la gestión, de forma tal que ello provoca que los nuevos servicios y actividades de las Administraciones tiendan a proveerse a través de un proceso de externalización, con el que se intenta escapar de las rigideces asociadas a la gestión del trabajo público y de las condiciones de trabajo que se imponen a través de un sistema de negociación colectiva, que resulta altamente disfuncional para conservar el empleo en la organización pública.

12. Si atendemos ahora a los aspectos más relacionados con lo que hemos convenido en llamar flexibilidad interna, el primero que ha de merecer nuestra atención es el sistema de encuadramiento del personal

a través de plantillas. La plantilla de personal está formada por una relación concreta y detallada de todas las plazas creadas por una entidad local con dotación en su presupuesto, clasificadas por cuerpos, escalas, subescalas, clases y categorías, en las cuales se integran los funcionarios, el personal laboral y el personal eventual. Las plazas incorporadas a las plantillas han de ser las necesarias para que una entidad local pueda desarrollar sus competencias y servicios de carácter permanente. A nuestros efectos conviene resaltar el hecho de que la plantilla de personal ha de determinar la denominación de los cuerpos, las escalas, subescalas, clases y categorías de los funcionarios. Por tanto, a través de la plantilla se procede a clasificar profesionalmente a los funcionarios de conformidad con las definiciones y criterios contenidos en las normas jurídicas. De hecho, la plantilla de personal es el instrumento esencial que conforma la estructura profesional de una concreta entidad local. Dicha estructura viene hoy establecida en los artículos que van desde el 167 al 175 del TRRL, encuadrándose a los funcionarios locales en dos grandes escalas: a) la escala de Administración general, a cuyos integrantes corresponde el desempeño de funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa, dividiéndose en la subescala técnica, de gestión, administrativa, auxiliar y subalterna; b) la escala de Administración especial, que comprende a los funcionarios que tengan atribuido el desempeño de las funciones que constituyan el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio. La clasificación de los funcionarios de la escala de Administración especial se diferencia en la subescala técnica y la de servicios especiales; a su vez, la subescala técnica puede dividirse en las clases de técnicos superiores, medios y auxiliares, en el bien entendido de que cada clase podrá comprender distintas ramas o categorías y especialidades, mientras que la subescala de servicios especiales puede dividirse en las clases de Policía local y sus auxiliares, servicio de extinción de incendios, plazas de cometidos especiales y personal de oficios, lo que permite también introducir categorías y especialidades sobre todo en la clase de cometidos especiales –que puede incluso llegar a articularse por “plazas”– y en la de personal de oficios. En todo caso, la estructura de personal de las corporaciones locales está determinada por normas legales y reglamentarias, considerándose un sistema cerrado que no puede ampliarse o modificarse en los niveles y los criterios de ordenación general. Sin embargo, las potestades de organización de las entidades locales

permiten determinar las escalas, subescalas y clases de sus funcionarios y su clasificación profesional, tal como reconoce el artículo 129.3 TRRL. Esta facultad se ejerce mediante la configuración y la aprobación de la plantilla de personal de cada entidad local, que resulta ser una competencia del pleno corporativo. De hecho, el enunciado legal del sistema de escalas, subescalas y clases no implica la obligatoriedad de desarrollar todas las que prevén las normas jurídicas, sino exclusivamente las que se consideran necesarias de acuerdo con las necesidades de los servicios, el volumen de actividad y la política de recursos humanos que se quiera establecer. Aquí hay que tener en cuenta que la clasificación profesional de la escala de Administración general y su articulación en subescalas, contenida en el artículo 167 TRRL, se considera básica de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 60 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y por tanto no puede ser objeto de modificación. En cambio, el encuadramiento previsto para la escala de Administración especial puede considerarse apto para ser desarrollado en categorías y especialidades, de conformidad con las necesidades funcionales de la organización concreta de una entidad local. El quid de la cuestión reside precisamente en este planteamiento: un desarrollo extenso de la clasificación de funcionarios en la escala de Administración especial, sin duda va a permitir orientar de una manera más congruente y racional las políticas de selección de la corporación y su adaptación a las necesidades concretas de un puesto o una familia de puestos de trabajo, pero esta misma opción introduce un factor notable de rigidez en las plantillas de nuestras entidades locales, y resulta incompatible con un elevado grado de movilidad interna y de flexibilidad del personal ante las cambiantes necesidades de los servicios públicos, de manera que se incrementan las limitaciones internas en la gestión de personal. Las razones selectivas, pero también una política consciente de coincidencia del perfil profesional diseñado con el candidato previamente elegido, han orientado una especialización excesiva en el sistema de clasificación profesional, que ha generado una verdadera individualización de las plazas y de los propios puestos de trabajo, especialización que en tiempo de crisis puede constituirse en una verdadera barrera para un marco flexible de gestión de personal que demanda clasificaciones profesionales abiertas, que permitan una amplia movilidad entre los diferentes sectores y áreas funcionales de actividad

existentes en una entidad local. Convendría insistir en este punto: las estructuras profesionales han de evolucionar hacia supuestos funcionales amplios y abiertos en los que se tengan en cuenta competencias profesionales genéricas susceptibles de adaptación a los concretos ámbitos funcionales que se puedan identificar en cada organización. Lo que tiene poco sentido, por poner un ejemplo, es distinguir entre un técnico especialista, un técnico especialista en Gestión Administrativa y un técnico especialista en Procesos Administrativos, o entre un técnico medio en Ingeniería, un técnico medio en Ingeniería especialidad Electricidad y un técnico medio en Ingeniería especialidad Mecánica, o entre un técnico superior especialista en Comunicación y un técnico superior especialista en Comunicación por Internet, o, por acabar, entre un técnico superior en Derecho y un técnico superior en Derecho local. Por tanto, mantener un modelo de clasificación profesional fundado en la identificación entre plazas, puestos y estructuras profesionales de encuadramiento, constituirá siempre un factor de rigidez interna de difícil superación. Una solución distinta, sobre todo para las grandes corporaciones locales, puede consistir en la contención del sistema de escalas, subescalas y clases, y su combinación a efectos selectivos con un modelo de ámbitos funcionales, ámbitos de entre los que se podrían llegar a identificar, a modo de ejemplo, los correspondientes al área jurídica, económica, de gestión administrativa, de recursos humanos y de organización, de análisis, planificación y estadística, de comunicación y gestión del conocimiento, de políticas sociales, de educación, de salud pública, de infraestructuras y ordenación territorial, y de gestión del medio ambiente e industria. De esta manera, la selección para el acceso a una determinada estructura profesional –subescala, clase o categoría– podría tener en cuenta el ámbito funcional de su futuro desempeño, incluyendo pruebas o ejercicios específicos para cada uno de dichos ámbitos que se consideren convenientes, destinados a garantizar la idoneidad de las personas aspirantes en relación con el ámbito funcional de los puestos de trabajo que se hayan de proveer; asimismo, en la fase de valoración de méritos se podrían incluir condiciones de formación, experiencia u otros méritos específicos orientados a procurar una mejor adecuación del sistema a la ocupación de puestos de trabajo adscritos a un ámbito funcional.

13. La selección de personal de nuestras entidades locales se está fundamentando principalmente en

sistemas de concurso-oposición, que valoran de una forma decisiva el tiempo de servicios prestados o la formación recibida en la propia entidad local, ya sea como personal no permanente o como personal permanente en un grupo inferior. De esta manera, el criterio decisivo de acceso al empleo público local se basa en el supuesto de que la experiencia previa en el puesto y la formación recibida se relacionan positivamente con el futuro desempeño, para lo cual se utiliza un sistema de puntos por años de experiencia o por cursos, sin introducir ningún criterio cualitativo para averiguar si los años acreditados o las enseñanzas recibidas han incrementado las competencias profesionales que se podrían considerar claves para el desempeño de un puesto o de una agrupación de puestos. De hecho, el sistema de concurso-oposición con valoración de méritos internos por puntos tiene buena fama y poca oposición, ya que se considera un sistema “justo”, objetivo y no discriminatorio. Sin embargo, la justicia del sistema es muy discutible cuando el acceso al empleo interino no se produce en base al principio de mérito, sino por una decisión judicial o política, o cuando el proceso selectivo no se abre a candidatos externos, que pueden aportar dinamismo y competencia a una estructura de personal de unas organizaciones públicas caracterizadas por su endogamia. Además, la fiabilidad del sistema se puede discutir, ya que la aplicación de baremos por puntos no es tan simple como parece, al dar lugar a menudo a interpretaciones diversas, susceptibles de desembocar en el ámbito contencioso. Otro aspecto a tener en cuenta es la forma y manera de acreditación de méritos, que en determinados casos puede desembocar en la no valoración de un factor que se considera insuficientemente probado o, en sentido contrario, en trasladar al órgano de selección la carga de solicitar las aclaraciones que se consideran necesarias para su posible valoración, lo que da lugar a un debate jurídico que a menudo puede llegar a definir un proceso de selección. En cuanto a la validez operativa de este tipo de sistemas, los estudios realizados nos demuestran que un método de selección cuyo criterio dirimente acaba siendo un sistema de valoración de méritos fundamentado en la antigüedad y la formación interna tiene una validez muy baja, hasta el punto de que puede llegar a proporcionar una validez de cero o negativa, ya que el hecho de que dos personas cuenten con la misma formación o con la misma experiencia laboral no indica que hayan adquirido los mismos conocimientos, habilidades o certezas. Sencillamente, el éxito del

concurso-oposición y la posición de la fase de concurso como factor dirimente del proceso de acceso, hay que encontrarlo fundamentalmente en su constante utilización para la consolidación en el empleo de interinos o contratados temporales que han accedido a esa condición sin un verdadero procedimiento competitivo, y también en la existencia de prácticas corporativas de reserva de puestos que permiten una promoción no competitiva a plazas de grupo superior, de manera tal que al final el acceso al empleo público a través de pruebas abiertas y libres, de naturaleza competitiva, es casi siempre de naturaleza excepcional. Por tanto, se detecta claramente un sistema de acceso cerrado, no fundamentado en perfiles profesionales del puesto o de familias de puestos a desempeñar, y lo que es peor, en un momento en que la flexibilidad es un valor y en el que se admite que la característica esencial de los puestos de trabajo en un entorno de crisis puede ser su volatilidad, produciendo el cambio de tareas y la movilidad, lo que el sistema de valoración de méritos no mide son las características que se requerirán para desempeñar diferentes empleos, como pueden ser la capacidad de aprendizaje, la innovación y la creatividad, la capacidad de trabajar en equipo, la de adaptación y flexibilidad, la motivación y orientación al servicio, la conciencia y la estabilidad emocional, las habilidades de comunicación o en el uso de las tecnologías de la información y los idiomas. Por tanto, una buena selección, o, mejor dicho, una selección más estratégica, orientada al desempeño de empleos y al cambio de tareas, seguramente exigirá la adopción de una serie de medidas, como pueden ser la introducción de una fase de reclutamiento que garantice condiciones mínimas de calidad y de igualdad en el acceso al empleo temporal en las Administraciones, el establecimiento de un sistema de promoción interna equilibrado con un porcentaje significativo de acceso libre a los grupos superiores, que incremente la cualificación técnica y la profesionalidad de los cuerpos superiores de la Administración local, y un proceso de selección fundamentado en una adecuada descripción del perfil profesional de la familia de puestos que se desea cubrir, con capacidad para detectar y predecir la existencia de factores que se consideran válidos para todos los puestos y para todas las culturas organizativas, como pueden ser la inteligencia, la responsabilidad o la integridad. Lógicamente, ello implicaría el uso de determinados instrumentos selectivos que añadieran a las pruebas de conocimientos, que se siguen considerando esenciales,

pruebas de habilidad mental general y de personalidad –centradas en factores como pueden ser la estabilidad emocional, la extroversión, la apertura, la amigabilidad o la conciencia–, pruebas prácticas o de simulación, entrevistas estructuradas, y la introducción de verdaderos períodos de prueba y de formación selectiva mínimamente consistentes y bajo la tutela de los órganos de selección, lo que implica establecer seriamente una fase de formación y prácticas como una parte más del proceso selectivo, tal como recomiendan los estudios que se han ocupado de esta materia.

14. Es evidente que el puesto de trabajo sigue siendo el núcleo básico de la gestión de personal de la función pública española, y, por tanto, es evidente también que las relaciones de puestos de trabajo se constituyen en elementos esenciales de la ordenación de personal en nuestras Administraciones. Este aspecto es esencial y ha de quedar claro: sin puestos de trabajo, sin relaciones de puestos de trabajo, no hay organización posible del empleo público. Pero existe hoy una amplia coincidencia en la necesidad de diferenciar el papel que cumple la relación de puestos de trabajo como instrumento que sirve para su identificación y clasificación, señalando la ubicación del puesto en la estructura organizativa y su principal función o misión, con inclusión de los requisitos esenciales exigidos para su desempeño y de las retribuciones complementarias que se le puedan asignar, de la identificación y concreción precisas de las tareas que el ocupante del puesto ha de desempeñar, tareas que pueden establecerse en un documento interno o confiarse a las potestades de dirección del jefe del servicio al que el puesto resulta adscrito. Dicho de otra manera, el contenido funcional del puesto es un espacio disponible y configurable, propio de la gestión de personal, que se puede establecer en un instrumento sin valor jurídico o confiar directamente a la potestad de dirección del responsable de un servicio. De esta manera se impide la utilización defensiva de los puestos de trabajo en base a la invocación de su contenido funcional, con la voluntad de desarrollar únicamente las tareas previamente asignadas y rechazar todas aquellas que no se contengan en la descripción de los puestos de adscripción, o de impedir el cambio y la movilidad funcional, dificultando que la Administración pueda alterar las tareas que las personas realizan en los puestos de trabajo, exigiéndoles prestaciones o ejecuciones distintas y diferentes. A partir de este planteamiento los requisitos exigidos legalmente para una formalización de la relación de

puestos de trabajo tienden a disminuir, de forma que el artículo 74 EBEP solo exige que la relación de puestos de trabajo u otro instrumento similar comprenda la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias, evitándose que la relación de puestos de trabajo contenga una descripción detallada de las tareas de los mismos. Pero no se trata solo de eso, conviene también evitar y, si es necesario, revisar la actual dispersión de puestos de trabajo, y asegurar que esta no se vuelva a reproducir, soslayando particularmente la diferenciación entre puestos igualmente denominados y con funciones prácticamente similares pero con complementos distintos, ello exige concebir los puestos desde una perspectiva más general, más como empleos con responsabilidades sobre ámbitos concretos que como un conjunto acotado de tareas y procedimientos precisos, liberándolos de las contingencias cambiantes de la ejecución real y directa, diferenciando la responsabilidad asumida, es decir, su misión en la estructura de la organización, de la ejecución de tareas propiamente dichas. De esta manera se evita la "individualización" del puesto de trabajo en beneficio del empleado público, visible en la confusión existente entre plazas y puestos de trabajo, olvidando que el puesto de trabajo como unidad orgánica admite un número indeterminado de dotaciones de personal que sea necesario para satisfacer la responsabilidad que asume en el seno de la organización; un número plural de personas del mismo perfil que resultan imprescindibles para asumir la carga de trabajo que el desarrollo de esa función exige en el seno de la organización, lo que se resume en comprender que el puesto de trabajo constituye una unidad organizativa básica de la estructura y no un sistema de clasificación profesional del trabajador público.

15. El concepto de movilidad aplicado al sistema de función pública, puede tener distintos significados. De hecho, en los últimos años dicho concepto parece haberse asociado al de flexibilidad en la gestión del trabajo público para subsumir todos los procesos que atañen al cambio o a la modificación en la prestación de servicios. Sin embargo, soy del parecer de que deberíamos realizar un esfuerzo para distinguir entre: a) una facultad de conformación de las tareas específicas atinentes a un determinado tipo de puesto de trabajo; b) un poder de modificación de alguna de las condiciones de trabajo de un determinado puesto; c) una

capacidad para ordenar el cambio de puesto de trabajo en la estructura de una organización; d) una atribución para decidir el cambio de puesto de trabajo a una organización distinta de la de adscripción. Por tanto, cabría distinguir entre una modificación de las tareas de un puesto, un cambio de condiciones de trabajo de un puesto (jornada, horario, turnos, remuneraciones), un cambio de puesto en una Administración y la movilidad hacia un puesto de trabajo de otra persona jurídica pública. Técnicamente quizá deberíamos hablar de una modificación en la prestación de trabajo, de un cambio de condiciones de trabajo, de un cambio de puesto de trabajo dentro de la misma organización pública y, sencillamente, de un cambio de puesto de trabajo entre distintas organizaciones públicas.

16. A la vista de lo expuesto, es evidente que el modelo de organización del trabajo definido para una Administración local va a condicionar seriamente la potestad que hay que reconocer a la Administración para la adecuación continua de sus estructuras organizativas básicas. Como ya hemos dicho, una mayor diversificación de categorías laborales y una intensa especificación de funciones y tareas condicionan seriamente la capacidad de la Administración para definir y adaptar en cada momento la capacidad de trabajo existente. En la medida en que los elementos clasificatorios de tipo profesional u organizativo definen con mayor intensidad la prestación debida, dicha definición juega en contra del poder de dirección concebido como facultad de conformación interna de las funciones y tareas a realizar o, dicho en lenguaje administrativo, de la capacidad de arreglo continuo y adaptación de los órganos administrativos y servicios públicos. La prestación a realizar en cualquier momento debe ser del tipo y características definidos para la correspondiente estructura profesional –cuerpo, escala, subescala, clase, categoría y especialidad–, y ha de corresponder a las tareas que se pueden inducir de la descripción genérica de la función del puesto de trabajo. Desde esta perspectiva, hay que tener en cuenta que tanto la plantilla de personal como la relación de puestos de trabajo poseen naturaleza reglamentaria y no son susceptibles de una fácil modificación. De ahí que se defienda, como ya hemos hecho en el párrafo anterior, que la especificación de tareas y, por tanto, la definición de las prestaciones específicas respecto a un puesto de trabajo determinado, se contengan en manuales o monografías de puestos de trabajo en los que se incluyan, junto a la definición de su misión, las

funciones básicas y las tareas relevantes que se consideren adecuadas, en el bien entendido de que dichas definiciones tienen carácter orientativo y pueden ser modificadas por la Administración para ajustarlas a los cambios que se vayan produciendo en los puestos de trabajo, en función de las actividades que se hayan de realizar o los servicios que se deban prestar. Más allá de esta opción solo ha de existir el poder de dirección de los órganos de gestión de nuestras Administraciones. De hecho, hoy conviene reivindicar el poder de dirección del jefe del servicio para adjudicar al empleado público en cada momento las tareas que estime oportunas, en el marco de las competencias y del contenido general de la prestación, establecido en base a la estructura profesional y de puestos de trabajo de una determinada corporación. Con todo, no estará de más advertir que el artículo 73 EBEP prevé un supuesto más incisivo de modificación de la prestación debida, al señalar que las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen, siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen, sin merma en las retribuciones. Dicho supuesto recuerda a la llamada "atribución temporal de funciones", que tiene como finalidad principal permitir el desarrollo de funciones especiales no asignadas a los puestos incluidos en la relación, o el desempeño de tareas por causa de su mayor volumen temporal, u otras razones coyunturales que no permiten su atención con suficiencia por los efectivos disponibles, tal como dispone el artículo 66 RGIPPT, que puede resultar de aplicación a la Administración local de acuerdo con la cláusula de supletoriedad establecida en su artículo 1.2. Conviene aclarar que el tipo así construido parece prever un supuesto de ampliación de tareas que no supone cambio de puesto de trabajo, pero que sin embargo puede provocar un alargamiento del contenido funcional del puesto. Sin abandonar el puesto que ocupa, el funcionario público habrá de desempeñar funciones distintas a las correspondientes a su puesto de trabajo, funciones que pueden consistir en meras extensiones que no alteren el contenido del puesto, o en adiciones significativas con incorporación de nuevas responsabilidades que permitan enriquecer el "contenido profesional" del puesto de trabajo en términos de complejidad, autonomía e importancia técnica de aquellas. Dicho supuesto parte de una decisión unilateral de la Administración que no necesita

un previo consentimiento del funcionario, y que tiene un fundamento causal, es decir, procede cuando las necesidades del servicio lo justifiquen, lo que conlleva que la Administración deba motivar en cada caso qué necesidades existen y cuáles son. En todo caso, la decisión de la Administración tiene dos limitaciones precisas: una, la demanda de que las tareas añadidas resulten adecuadas a la clasificación del funcionario, es decir, en todo caso ha de entenderse que las nuevas funciones resultan propias del cuerpo, escala, clase o categoría a que pertenece el funcionario, aspecto este que resulta esencial, aunque impropriadamente se haga referencia a que dichas funciones correspondan al grado o categoría, cuando este elemento no es propio del puesto, sino de la carrera horizontal; dos, la garantía de que la asignación de funciones no ha de suponer una merma de las retribuciones correspondientes al puesto, limitación que parece innecesaria, salvo que se esté partiendo de la base de que dicha asignación puede consistir también en el ejercicio de funciones correspondientes a puestos de trabajo ubicados en un nivel inferior de la jerarquía de puestos existentes en la organización. En todo caso, es evidente que el supuesto legal así establecido ayuda a mejorar la flexibilidad en la asignación de tareas en los diferentes niveles de la organización y permite ensayar formas de organización diferentes basadas, de una u otra manera, en la ampliación potencial de funciones exigibles que es posible seguir identificando con el perfil profesional del empleado público y el funcional del puesto de trabajo hasta llegar a su plena saturación.

17. Las condiciones de trabajo de un determinado puesto hacen referencia al lugar de trabajo, al tiempo de trabajo y a la retribución; la posibilidad de alterarlas o modificarlas para hacer frente a necesidades extraordinarias en base a una decisión organizativa cuando surgen las circunstancias previstas por la ley, supone un extraordinario factor de flexibilidad que permite una más adecuada ordenación de los recursos humanos y una mejor respuesta a las exigencias de los ciudadanos en la prestación de servicios públicos. En todo caso, conviene advertir que la modificación de condiciones de trabajo que analizamos se refiere a la alteración de un elemento relacionado con un ocupante de un puesto de trabajo previamente definido, de conformidad con las normas jurídicas aplicables, incluyendo las relaciones de puestos y los acuerdos de condiciones de trabajo: es decir, el cambio de condiciones de trabajo a que nos referimos se produce

sobre la persona o grupo de personas que desempeña un puesto de trabajo o una familia de puestos concreta con un régimen jurídico previamente establecido, cuya alteración, en base a las potestades de organización, se produce con un alcance limitado a una concreta dotación o dotaciones de un puesto o grupos de puestos. Se trata, pues, de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter individual o grupal, similares a las previstas en el ámbito laboral en el artículo 41 ET. En esta dirección queremos advertir que, en el ya largo proceso de transferencia de instituciones entre el trabajo público y privado, los institutos jurídicos que vertebran los procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo no han sido trasladados al empleo público. De hecho, el propio concepto de la situación estatutaria como una relación legal y reglamentaria que se establece en interés del servicio y que resulta plenamente adaptable a sus necesidades, sin que el funcionario pueda oponer otros derechos adquiridos que el ejercicio de la función y la conservación de sus retribuciones básicas, parece haber impedido esta traslación, por considerarse innecesaria una figura de este tipo. Sin embargo, en el momento en que se introduce la negociación colectiva en la relación de empleo público –una negociación colectiva que se caracteriza por el carácter detallado y rígido de la regulación de condiciones de trabajo–, quizá convendría considerar la introducción legal de medidas de este tipo si no se quiere que aquello que está previsto como una excepción, la cláusula de descuelgue del cumplimiento de pactos y acuerdos ya firmados, acabe por constituirse en un sistema ordinario de adaptación de las condiciones de trabajo de los funcionarios en épocas de crisis. En todo caso, hoy por hoy, conviene advertir de la necesidad de introducir en el sistema de negociación colectiva funcional una previsión de supuestos que autoricen una decisión singular o grupal de modificación de una condición de trabajo, especificando las condiciones de trabajo que pueden ser reformadas, las causas que justifican su alteración, la participación de la representación en el proceso de decisión, la forma de determinar los funcionarios afectados y los criterios advertidos para su designación. Otra cosa sería otorgar a los acuerdos colectivos la condición de elementos de “petrificación” de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, en un momento en que la posibilidad de adaptación supone una garantía de economía y eficacia en la prestación de un servicio público.

18. En principio, el lugar de trabajo en la función pública parece ser una variable dependiente del puesto, hasta el punto de que, a menudo, la denominación del puesto de trabajo puede acompañarse de la determinación de su localización. Sin embargo, no hay necesidad alguna de que la relación de puestos de trabajo adscriba un determinado centro directivo, unidad o puesto de trabajo a una sede física (STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2005, JUR/2007/225680), considerándose posible la adscripción de un puesto a una localidad o área territorial sin señalamiento específico de una sede física (STJ de Asturias de 24 de enero de 2008, JUR/2008/318341), o el cambio de lugar de trabajo de un funcionario público, sin cambio de residencia, derivado de una decisión de tipo organizativo, resultando la Administración competente para la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los servicios, y para decidir el lugar físico donde deben estar ubicados cada uno de los servicios y órganos administrativos y el personal que los sirve (STSJ de Extremadura de 8 de mayo de 2001, JUR/2001/197655). Resumiendo, salvo predeterminación en la relación de puestos de trabajo, los órganos municipales pueden decidir, sin duda, el lugar en el que han de desarrollar sus funciones los empleados públicos (STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de marzo de 2008, JUR/2008/190313). En la Administración local, el artículo 47 EBEP remite la fijación de la jornada máxima de trabajo a las Administraciones Públicas, pero dicha remisión se ha entendido no como una habilitación a la autonomía local para el establecimiento de un régimen de jornada propio por un Ayuntamiento concreto, sino como una remisión al conjunto de Administraciones competentes en esta materia (STSJ de Cantabria de 5 de septiembre de 2008, JUR/2008/361749), lo que indirectamente presupone la vigencia del artículo 94 LR-BRL, donde se establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración civil del Estado, es decir, en términos generales una jornada con una duración máxima de 37 horas y media (STS de 13 de marzo de 2009, RJ/2009/2259). En lo relativo al horario, entendido como la distribución de los períodos de trabajo y de descanso de la jornada laboral con indicación de las horas de principio y fin de la prestación, situando con exactitud cuándo –dentro de cada día– la prestación es debida, lo cierto es que corresponde al alcalde o presidente de la entidad local la determinación de las jornada-

das concretas y el horario de sus funcionarios (STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2001, JUR 2001/321386), sin perjuicio de que la materia deba ser objeto de negociación, de conformidad con la previsión establecida en el artículo 37.1.m EBEP, negociación que en la mayoría de los supuestos aboca a una determinación exhaustiva de jornadas y calendarios laborales, lo que deja poco margen para el establecimiento de horarios concretos que permitan en sentido estricto una especificación de la prestación pactada más flexible y adaptada a las necesidades de los servicios. En este sentido deberíamos ser conscientes de que la determinación horaria de la prestación forma parte de las facultades de organización del servicio, pero siendo potencialmente una materia negociable, la fijación por acuerdo del régimen horario de los empleados públicos abandona la esfera de la facultad organizativa propia y exclusiva de los órganos de gobierno municipales para entrar en el ámbito de disposición del instrumento colectivo, sometándose al contenido concreto de este. También en este caso resulta en conjunto difícil imaginar que, una vez establecido el horario en un instrumento convenido, pueda regresar a las facultades de organización, salvo que en el momento de su sustitución el procedimiento de negociación termine sin acuerdo. Efectivamente, el hecho de que un Ayuntamiento pueda organizar un servicio en virtud de su potestad de organización, no significa que pueda cambiar las condiciones de trabajo de los puestos integrados en el mismo en contra de las previsiones de lo dispuesto en el acuerdo establecido (STSJ de Murcia de 26 de marzo de 2010, JUR/2010/205544). Planteamiento que se realiza de una forma muy distinta en aquellos casos en que no exista una norma convencional de aplicación, ya que en estos casos se entiende que la relación funcional, como una relación estatutaria de creación legal y reglamentaria, no puede resultar petrificada en un momento dado, por lo que los únicos derechos que se entienden consolidados por los empleados públicos son los relativos al mantenimiento de la función y la retribución, sin que el funcionario tenga derecho a la conservación de un horario previamente fijado (STSJ de La Rioja de 2 de mayo de 2006, JUR/2006/212904). Algo similar sucede con las retribuciones, de hecho las retribuciones básicas se determinan en las correspondientes leyes presupuestarias, mientras que las retribuciones complementarias –más concretamente el complemento de destino y el específico– se contienen para cada puesto en la correspondiente relación de

puestos de trabajo, con lo que de hecho la capacidad de determinación retributiva reservada a los órganos de la Administración municipal se refiere básicamente a la asignación del complemento de productividad, y al posible señalamiento de servicios extraordinarios. Con independencia de que, en términos generales, ha sido imposible hasta ahora aplicar el concepto de productividad de acuerdo con su propia naturaleza, lo cierto es que hay que considerar el mencionado complemento como un instrumento de la política de personal de una organización pública a través del cual se persigue una mejora en la prestación de los servicios, de ahí que la aplicación de dicha retribución no sea obligada y debida por imposición automática de una determinada norma jurídica, sino discrecional del órgano competente en materia de personal; es decir, el complemento de productividad, entendido como un instrumento de gestión del sistema de recursos humanos, puede utilizarse o no, dependiendo de la decisión que adopten los órganos responsables de su determinación. Por tanto, el derecho a la percepción del complemento de productividad es relativo, no comprende una cuantía determinada y se considera subordinado al cumplimiento de las circunstancias que acreditan su percepción; circunstancias que dependerán de la política retributiva seguida por la entidad local, cuyos órganos mantienen un elevado grado de flexibilidad para establecerlo en la forma y con las cuantías que consideren pertinentes, en función siempre de la obtención de los objetivos, programas y niveles de desempeño que se quieran establecer. Aún más, hay que tener en cuenta que el complemento de productividad es de por sí una retribución de naturaleza subjetiva, un incentivo personal que se ha de reconocer a un funcionario individualizado, distinto del complemento de destino y del complemento específico, considerados como retribuciones objetivas directamente relacionadas con el puesto de trabajo. El complemento de productividad se asigna en función de la conducta de los funcionarios y de sus resultados, y se ha de apreciar mediante una valoración individualizada de cada uno de ellos (STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2002, JUR/2003/60732). Lógicamente, el complemento de productividad no es una retribución estática y permanente, de hecho su percepción puede variar, incrementándose o reduciéndose y, si procede, suprimiéndose, atendiendo o no a la concurrencia de los elementos necesarios para su acreditación (STSJ de Murcia de 29 de noviembre de 2003, JUR/2003/20343). En lo relativo al procedimien-

to de determinación del complemento de productividad, conviene tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Real decreto 861/1986, de 25 de abril, corresponde al pleno de cada corporación determinar en el presupuesto la cantidad global destinada a la asignación del complemento de productividad, y al alcalde o presidente de la entidad local la distribución de la correspondiente cuantía entre los diferentes programas y áreas y su asignación individual, con sujeción a los criterios que en su caso se puedan establecer por el pleno corporativo o, en su defecto, por el propio alcalde, sin que las cuantías asignadas durante un período de tiempo originen derechos individuales respecto a valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos. Parece, pues, que corresponde al alcalde el reconocimiento del complemento de productividad, con arreglo a unos criterios de carácter objetivo, asignación que precisa de un acto previo de apreciación de naturaleza técnica, que se toma en base a unos determinados criterios de distribución sobre los que se deberá motivar o justificar la decisión tomada. Sin embargo, en principio parece que las resoluciones del alcalde sobre valoraciones o asignaciones del complemento de productividad se consideran excluidas del trámite de negociación, dada la finalidad del mencionado complemento, que consiste en incrementar la eficacia de la Administración, y en atención al hecho objetivo de que la potestad para determinar el complemento puede situarse en el ámbito de las potestades de organización y dirección excluidas de la negociación (SAN de 16 de octubre de 2002, JUR/2003/25376). Entendamos bien, de conformidad con el artículo 37.1.b) EBEP, la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos han de ser objeto de negociación, por tanto, el establecimiento de modelos, instrucciones o criterios de valoración o asignación del complemento de productividad sin duda se ha de negociar, pero no la concreta apreciación y asignación individual del complemento a cada uno de los funcionarios de la corporación local, que se concibe como un acto aplicativo de naturaleza singular, mediante el cual se emite un juicio técnico sobre el ajuste de la conducta de un funcionario a los elementos objetivos que justifican la percepción del complemento (STS de 20 de noviembre de 2009, RJ/2009). En cuanto a la prestación de servicios extraordinarios, conviene recordar que dichas gratificaciones tienen como fundamento único la remuneración de servicios extraordinarios prestados fuera de

la jornada ordinaria, señalando el artículo 6.3 del Real decreto 861/1986 que corresponde al pleno de cada corporación local determinar en los presupuestos la cantidad global destinada a la asignación de gratificaciones a los funcionarios, y al alcalde o presidente de la entidad local su asignación individual con sujeción a los posibles criterios que se hayan podido establecer por el pleno, criterios que pueden adoptar como vehículo de incorporación un acuerdo de condiciones de trabajo. De hecho, la jurisprudencia establece la necesidad de estos criterios y la obligatoriedad de su negociación colectiva, matizando que no se exige negociar la concesión concreta de determinadas gratificaciones, sino las normas o criterios generales de requerimiento y reconocimiento (STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2002, RJCA/2002/665). Con todo, las gratificaciones por servicios extraordinarios constituyen un concepto discrecional por lo que se refiere a su asignación, ya que se trata de una facultad potestativa de la Administración, que permite adjudicarlas a los funcionarios que se consideren más idóneos a requerimiento y orden de la autoridad competente en materia de personal, única capacitada para valorar la necesidad o no de su prestación (STS de 15 de diciembre de 1993, RJ/1993/9746), aunque algún pronunciamiento, menor pero más reciente, haya insistido en la necesidad de un sistema rotario que garantice el principio de igualdad, reconociendo también que la Administración retiene la capacidad necesaria para no asignar servicios extraordinarios a los funcionarios que no hayan acreditado un buen rendimiento (STSJ de Murcia de 3 de noviembre de 2001, JUR/2001/28654).

19. Uno de los problemas estructurales de nuestro régimen jurídico de función pública, consiste en haber identificado el sistema de provisión de puestos de trabajo con un sistema de carrera, olvidando que la provisión es fundamentalmente un sistema de satisfacción de las necesidades de recursos humanos de un determinado servicio público. Esto ha hecho que una de las principales dificultades de la ordenación de recursos humanos en la Administración resida en su incapacidad para asignar y distribuir efectivos de una forma racional y flexible. Los sistemas de provisión de puestos de trabajo se han movido entre la discrecionalidad de la Administración en la libre designación y los derechos de los funcionarios públicos en los concursos, sin encontrar un espacio para las necesidades de los servicios. De ahí la articulación de una serie de formas de provisión de puestos que intentan dar una respuesta

a las necesidades de asignación racional de efectivos, formas que no atienden a la voluntad del funcionario, ni se relacionan con su promoción profesional, sino que buscan solo una distribución de las personas en función de las cambiantes necesidades de la prestación de servicios, superando la rigidez y la falta de flexibilidad de las formas ordinarias de provisión. Desde una perspectiva interna, sin recurrir por ahora a las formas de movilidad entre distintas Administraciones Públicas, dichas formas son el traslado definitivo o provisional, y su variante, la readscripción de puestos de trabajo, a las que hay que añadir la reasignación de efectivos. Lógicamente, en el presente trabajo no nos referiremos a la reasignación de efectivos, entendida como facultad concedida a la Administración para destinar con carácter definitivo a otro puesto de trabajo a aquellos funcionarios cuyos puestos hayan sido suprimidos como consecuencia de un plan de empleo, ya que esta figura de planificación y reestructuración será objeto de otro estudio. En todo caso, no estará de más advertir desde el principio sobre la ambigüedad con que nos movemos en esta materia, ya que el artículo 101 LRBRL nos señala que los puestos de trabajo vacantes que deban ser cubiertos por funcionarios se proveerán en convocatoria pública por los procedimientos de concurso de méritos o de libre designación, de acuerdo con las normas que regulen estos procedimientos en todas las Administraciones Públicas, pero nada se dice sobre los sistemas de provisión de puestos de trabajo por necesidades del servicio que, como se sabe, se introdujeron más tarde por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo. Más genéricamente, en el artículo 141.1 TRRL parece contenerse una referencia específica a la posibilidad de que los órganos competentes puedan realizar la “adscripción a unos u otros puestos de trabajo” de los funcionarios de carrera de una entidad local, mientras que el artículo 168 TRRL señala que la provisión de puestos de trabajo reservados o que puedan ser desempeñados por funcionarios de carrera, se regirá por las normas que, en desarrollo de la legislación básica en materia de función pública local, dicte la Administración del Estado. Dichas normas no han sido establecidas hasta el momento, salvo que consideremos como opción la aplicación supletoria para todos los funcionarios locales del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del

Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, opción que previene el artículo 1.3 del mencionado Reglamento y que permitiría dotar de coherencia y sistemática al sistema de provisión de puestos de trabajo de nuestras corporaciones locales, teniendo siempre en cuenta las modificaciones legales que la provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado ha sufrido en los últimos años. Esta parece ser hoy por hoy la mejor alternativa, a reserva de una legislación autonómica sobre función pública, sobre todo si se tiene en cuenta que el capítulo III, del título V EBEP, no producirá efectos hasta la entrada en vigor de las leyes de función pública que lo desarrollen, por lo que, mientras tanto, se mantienen en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en el Estatuto, aunque se hayan incluido formalmente en la disposición derogatoria del mismo, lo que en nuestro caso afecta al artículo 20.1.d) LMRFP, que contempla el supuesto específico del traslado y la readscripción de puestos de trabajo, precepto que algún pronunciamiento judicial considera de plena aplicación al ámbito de la Administración local (STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de noviembre de 2008, JUR/2009/6077).

20. El traslado intenta habilitar una figura de provisión de puestos que facilite la movilidad de los funcionarios por decisión administrativa, sin necesidad de someterla previamente a una figura de planificación. La idea es simple: las Administraciones Públicas podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades del servicio, a unidades, departamentos u organismos públicos distintos de los de su destino, respetando sus retribuciones, sus condiciones esenciales de trabajo y su provincia de destino. Dicho traslado puede ser única y exclusivamente de efectivos o consistir también en una readscripción del puesto de trabajo, es decir, en una movilidad forzada de la persona por una nueva adscripción del puesto de trabajo que ocupa. De hecho, el supuesto específico contemplado en el artículo 81.2 EBEP resulta casi coincidente con el establecido por el artículo 20.1.d) LMRFP, lo que permite la continuidad de una figura que hasta el momento ha sido insuficientemente utilizada. De esta manera se consagra un instituto jurídico que permite a la Administración la imposición de un cambio de puesto de trabajo, motivado en las necesidades del servicio, reasignando

funcionarios de unidades o servicios donde sobran a otros donde son más necesarios, de manera rápida y sencilla, a través de una decisión administrativa de carácter unilateral que tiene como única limitación el deber de conservación de las retribuciones y las condiciones esenciales de trabajo. Precisamente, como la mencionada medida parte de que la decisión adoptada en el ejercicio de la potestad de organización no ha de tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, queda excluida de la obligatoriedad de la negociación de acuerdo con el artículo 37.2 EBEP (STSJ del País Vasco de 23 de marzo de 2009, JUR/2009/322208). Conviene advertir que la figura parte de la existencia de un puesto de adscripción y del traslado del funcionario a un puesto de destino, o de la reasignación de un puesto y del funcionario que lo ocupa a una nueva unidad de destino. En cambio, no parece que dentro del concepto de traslado se contemple el supuesto de amortización y nueva creación de puestos de trabajo con el consiguiente ajuste de plantilla, proceso que en la doctrina judicial existente parece condicionarse a la existencia de una medida de planificación administrativa, es decir, de un plan de empleo. La jurisprudencia en este sentido es precisa: la posibilidad de supresión de puestos de trabajo y la reasignación de efectivos dependen de la previa aprobación de un plan de empleo, considerado como un instrumento esencial para el planeamiento global de las políticas de recursos humanos de las distintas Administraciones Públicas, que ha de adecuar el mercado interno de trabajo a las necesidades reales de la propia Administración con el fin de incrementar la eficacia de la misma (STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de abril de 2001, RJCA/2002/522; STSJ de Aragón de 31 de marzo de 2005, JUR/2005/196596; STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2007, JUR/2007/203945; STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2009, RJCA/2010/364). Aclarada esta cuestión, los interrogantes de la figura del traslado se mueven en torno a los conceptos: “necesidades de los servicios”, “conservación de las retribuciones” y “condiciones esenciales de trabajo”. De hecho, la noción “necesidades del servicio” es un concepto jurídico indeterminado que habilita la movilidad forzosa de un funcionario público; por tanto, en cada caso habrá que exponer y constatar la existencia de una “necesidad” objetiva, a través de una resolución motivada que justifique la proporcionalidad de la medida adoptada, sin que se considere aceptable una invocación genérica de las necesidades de servicio, que

en cada caso habrá de concretarse con datos objetivos (STSJ de Andalucía, Granada, de 28 de enero de 2003, AS/2003/894). En todo caso no parece que sea preciso acudir a un concepto de urgente y extraordinaria necesidad, teniendo en cuenta que la utilización del traslado por parte de la Administración no tiene que determinarse por una situación extrema, sino por la necesidad de mantener un funcionamiento adecuado del servicio público fundamentado en los principios de racionalidad, economía y eficacia. Desde esta perspectiva parece que *a priori* podría existir un conjunto de situaciones en que dicha necesidad puede producirse y acreditarse: a) la existencia de excedentes de personal en una unidad u órgano y su traslado a puestos de unidades deficitarias; b) la necesidad de que dentro de un mismo órgano o servicio sean cubiertos unos puestos y otros no; c) la reasignación de un puesto de trabajo a otra unidad con la consiguiente adscripción del funcionario en supuestos puntuales o estructurales vinculados a modificaciones organizativas, en función de las cambiantes circunstancias de la acción pública. La exégesis y el fundamento de las fórmulas de recolocación de efectivos no son otros que conjugar la potestad de organización de la Administración con los derechos de los funcionarios públicos, derecho que no supone tanto un mantenimiento del puesto de trabajo que ocupa en un momento dado como el derecho a la intangibilidad de las características esenciales del mismo, lo que implica el respeto de las retribuciones que llevaba aparejadas su desempeño y de las condiciones esenciales de trabajo, entre las que sin duda es especialmente importante la residencia (STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de julio de 2001, JUR/2004/32751). Ello supone que el funcionario tiene derecho a la conservación de sus retribuciones básicas y de su grado personal, o, en su defecto, al complemento de destino, y, por descontado, a uno específico, similar al asignado al puesto de trabajo que ocupaba (STSJ de Extremadura de 5 de diciembre de 2003, JUR/2004/59049), y si se pretende realizar una extensión del concepto laboral “condiciones sustanciales de trabajo” que contiene el artículo 41 ET, al mantenimiento de la jornada y horario de trabajo, incluyendo el régimen de turnos y los sistemas de remuneración, trabajo y rendimiento. Con todo, cabe sostener otra visión más administrativa del precepto, que se percibe en algún pronunciamiento jurisprudencial, en el que se considera que los derechos adquiridos de los funcionarios que han de ser objeto de conservación en este tipo de procesos deben

ser considerados en sentido estricto, por lo que solo debería respetarse lo que cabe consolidar, como son las retribuciones básicas y los derechos económicos correspondientes al grado personal, la inamovilidad geográfica relativa, entendida desde la perspectiva del derecho de residencia, y el derecho al cargo, considerado como derecho al ejercicio de funciones propias de la estructura profesional de pertenencia y a que el puesto al que sea asignado el funcionario tenga el mismo procedimiento de provisión que el que ocupaba hasta el momento (STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de abril de 2004, JUR/2004/200253), lo que sin duda dotaría de un mayor grado de flexibilidad al mecanismo previsto, cuyos perfiles exactos deberán ser definidos por la legislación de función pública de cada Comunidad Autónoma.

21. El artículo 81.3 EBEP prevé que, en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional, debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas de aplicación. En realidad, parece recuperarse de esta forma el supuesto tradicional de una comisión de servicios de carácter forzoso, que se produce para el desempeño temporal de un puesto de trabajo cuya cobertura se considera de urgente e inaplazable necesidad, en función de las necesidades objetivas que concurren en el mismo, urgencia y necesidad que impiden la cobertura de la plaza por los procedimientos ordinarios en los plazos señalados, plazos que, en principio, parecen determinar la duración de la medida de traslado. Por tanto, se trata de una medida de contingencia que permite atender a las necesidades de los servicios derivadas de los procesos ordinarios de provisión de puestos de trabajo, por lo que difícilmente puede entenderse como una medida de movilidad funcional temporal por decisión de la Administración, similar al desplazamiento que conocemos en el régimen laboral.

22. En lo relativo a la movilidad interadministrativa, lo cierto es que dicho régimen se concibe más como un derecho general de los funcionarios, que les permite acceder a los puestos de trabajo de las distintas Administraciones, que como una medida de racionalización de efectivos entre diferentes organismos públicos. De hecho, el antiguo artículo 17 LMRFP establecía que, con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos, los puestos de trabajo de las distintas Administraciones podían ser cubiertos por funcionarios que pertenecieran a cualquiera de ellas,

de acuerdo con lo que establecieran las relaciones de puestos de trabajo. Precisamente, esta dependencia de la relación de puestos de trabajo, permitía que cada una de las Administraciones modulara la participación de funcionarios ajenos en la cobertura de sus necesidades de personal; por tanto, el derecho a la movilidad de los funcionarios quedaba condicionado por la interpretación más o menos limitativa que del mismo pudiera hacerse en cada Administración, sin que a la postre hubiera una concepción más ofensiva de la movilidad que permitiera la distribución de funcionarios excedentes en una Administración hacia otros aparatos públicos necesitados de efectivos, con lo que la movilidad entre las Administraciones no ha llegado a configurarse como un elemento más de la gestión de personal. Más concretamente, el artículo 84 EBEP se refiere a la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas, lo que parece descartar cualquier sistema de traslado forzoso de empleados públicos entre Administraciones, limitándose a regular un cauce convencional para el posible establecimiento de medidas de movilidad de funcionarios entre Administraciones, medidas que adoptan un carácter claramente convencional, es decir, a través de convenios u otros instrumentos de colaboración; instrumentos que parecen condicionarse a la aprobación, por la Conferencia Sectorial de Administración Pública, de criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias que permitan una movilidad que, en definitiva, dependerá de la voluntad de los propios funcionarios.

23. En materia de situaciones administrativas, lo cierto es que el legislador del Estatuto básico ha reducido el número de situaciones administrativas a cinco: servicio activo; servicios especiales; servicios en otras Administraciones Públicas; excedencia y suspensión de funciones (artículo 85 EBEP). Por tanto, hay tres situaciones que dejan de tener carácter básico: excedencia forzosa, expectativa de destino y excedencia voluntaria incentivada. Precisamente, las tres tienen en común que su declaración responde fundamentalmente a fines de interés público y no a actos de voluntad del funcionario, pues normalmente tienen su origen en medidas organizativas que implican la supresión de puestos y el redimensionamiento de efectivos, es decir, la adecuación de efectivos a las necesidades de la organización. A partir de aquí, el legislador básico habilita a las leyes de función pública para crear nuevas situaciones administrativas en supuestos distintos, resultando de interés los que se pueden establecer "cuando por ra-

zones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo”, lo que sin duda remite a las figuras ya mencionadas de expectativa de destino, excedencia forzosa y excedencia voluntaria incentivada. Lógicamente, mientras esto no se produzca habrá que estar a la previsión establecida en la disposición final cuarta EBEP, donde se señala que: “Hasta que se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto”. Ello quiere decir que hay que considerar subsistentes, para la gestión de personal local, las situaciones administrativas de expectativa de destino, excedencia voluntaria incentivada y excedencia forzosa.

24. La situación administrativa de expectativa de destino consiste en una situación transitoria, no superior a un año, en la que se pueden encontrar los funcionarios cuyo puesto de trabajo haya sido suprimido a resultas de un plan de empleo, y que no hayan sido reasignados a otro puesto de trabajo. De hecho, la situación de expectativa de destino constituye la última fase de un proceso de reasignación de efectivos, cuando el funcionario no ha podido ser reasignado en su organización administrativa de referencia dentro de un plazo máximo de seis meses, o en el sistema de organizaciones dependientes de su Administración territorial, dentro de un plazo máximo de tres meses. En esta situación, el funcionario percibirá las retribuciones básicas, el complemento de destino que le corresponda en función de su grado personal o del puesto de trabajo desempeñado, y el 50 por 100 del complemento específico correspondiente al último puesto ocupado antes de pasar a esta situación. Se trata, pues, de una situación de carácter estrictamente temporal o coyuntural, que tiene como presupuesto habilitante la aprobación de un plan de empleo, y que desemboca en la situación administrativa de excedencia forzosa, cuando haya transcurrido el plazo máximo de permanencia en ella o cuando el funcionario incumple las obligaciones propias de dicha posición, consistentes en la aceptación de destinos ofrecidos similares a los que desempeñaba o de formación.

25. La excedencia forzosa es una situación declarada por la Administración cuando se produce una

circunstancia de desequilibrio entre el número de efectivos y las dotaciones de los puestos de trabajo necesarias para la prestación de los servicios públicos. De hecho, el antiguo artículo 44 de la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado señalaba que la excedencia forzosa se podía producir por una reforma de plantillas o supresión de plazas, cuando significaran el cese obligado en la prestación de servicio activo. Por tanto, la excedencia forzosa es una situación autónoma que se otorga a los funcionarios que cesan provisionalmente en el ejercicio de su puesto de trabajo como consecuencia de una reestructuración orgánica o de la supresión de dotaciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupan. En consecuencia, la nota distintiva de este tipo de excedencias es una reforma de la estructura de puestos de trabajo por parte de la Administración, que trae aparejada una modificación de plantillas, con la supresión de la plaza o dotación de la que el funcionario sea titular, acreditándose al respecto un exceso de funcionarios sobre las dotaciones de los puestos de trabajo existentes. Conviene, pues, aclarar que, en el sistema de función pública anterior al EBEP, la situación administrativa de excedencia forzosa parece estar dotada de una autonomía peculiar, que permitiría su aplicación al margen de las medidas de planificación y como una decisión administrativa de carácter singular, tendente al ajuste de las plazas de plantilla con respecto a las necesidades de recursos humanos de los diferentes puestos de trabajo en que se estructura una Administración. Sin embargo, lo cierto es que a partir de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, la situación administrativa de excedencia forzosa se conecta estrechamente con la de expectativa de destino derivada de la aplicación de un plan de empleo, de forma que serán declarados en dicha posición los funcionarios en situación de expectativa de destino, cuando haya transcurrido el período máximo establecido para la misma o se hayan incumplido sus obligaciones. A partir de aquí, los excedentes forzosos no podrán desempeñar puestos de trabajo en el sector público y tendrán derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares, computándose el tiempo en dicha situación a efectos de derechos pasivos y trienios. En todo caso, los funcionarios excedentes forzosos estarán obligados a participar en los concursos que se convoquen para la provisión de puestos de trabajo cuyos requisitos de desempeño

reúnan y que les sean notificados, así como a aceptar el reingreso obligatorio al servicio activo en puestos correspondientes a su cuerpo o escala. Por tanto, en el marco de la planificación de recursos humanos, la excedencia forzosa es la fase siguiente a la de expectativa de destino, o bien su alternativa si se incumplen las obligaciones propias de dicha situación. El problema es si existe un espacio jurídico para la supervivencia autónoma de esta figura al margen de los sistemas de planificación que permita la resolución de situaciones puntuales de exceso de plantilla, supervivencia que parece garantizar su previsión singular en el artículo 44 LFCE, que, aunque derogado explícitamente por la disposición derogatoria última del EBEP, sobreviviría hasta su posterior desplazamiento por las leyes de función pública de las comunidades autónomas, de conformidad con la disposición final cuarta del EBEP. En esta dirección entiendo que, a la espera de las leyes de función pública de desarrollo del EBEP, subsiste aún la excedencia forzosa general, regulada por el artículo 44 LFCE, que sería de aplicación cuando la supresión del puesto de trabajo se produzca de manera puntual y no sea consecuencia de un plan de empleo; sencillamente, tal como se dice en algún pronunciamiento judicial, “deberán ser declarados en situación de excedencia forzosa los funcionarios que no pueden permanecer en servicio activo como consecuencia de una reducción de puestos de trabajo” (STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2000, AS/2000/1221), mientras que de forma indirecta alguna otra decisión reconoce la capacidad de una entidad local para declarar a un funcionario público en la situación de excedencia forzosa como consecuencia de la supresión de la plaza que ocupaba (STSJ de Madrid de 29 de junio de 2007, JUR/2007/19528). En todo caso, es evidente que el presupuesto básico y esencial para la declaración de la situación de excedencia forzosa es la modificación de la plantilla y la correspondiente supresión de las plazas ocupadas, partiendo del principio esencial de que las plazas de plantilla han de ser las necesarias para que la entidad local pueda activar sus competencias y prestar los servicios de carácter permanente; plantillas de personal que, de conformidad con el artículo 90 LRRL, han de responder a principios de racionalidad, economía y eficiencia, de ahí que convenga recordar, como subraya el artículo 126.1 TRRL, que las plantillas y sus modificaciones han de estar suficientemente documentadas para acreditar que se ajustan a estos principios, principios que pueden obligar a perseguir una

amortización selectiva de plazas, con la consiguiente imposibilidad de proceder a la prestación de servicios; dicha amortización tendrá como contrapartida el mantenimiento de unas retribuciones básicas mientras dura una situación cuya responsabilidad no corresponde al funcionario.

26. La excedencia voluntaria incentivada se vincula también a la existencia de un plan de empleo, permitiendo que los funcionarios afectados que se encuentren en alguna de las dos primeras fases del proceso de reasignación puedan ser declarados, a solicitud propia, en situación de excedencia voluntaria incentivada. Asimismo, quienes se encuentren en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa como consecuencia de la aplicación de un plan de empleo tendrán derecho a pasar a dicha situación. La excedencia voluntaria incentivada tendrá una duración de cinco años e impedirá desempeñar puestos de trabajo en el sector público. De no solicitarse el reingreso, concluido el plazo señalado se pasará automáticamente a la situación de excedencia voluntaria por interés particular. Los funcionarios declarados en una situación de excedencia voluntaria incentivada tendrán derecho a una mensualidad de las retribuciones, excluidas las pagas extraordinarias y el complemento de productividad por cada año completo de servicios efectivos y con un máximo de doce mensualidades. En todo caso, no estará de más advertir que dicha excedencia, en el marco siempre de un plan de empleo, puede plantearse como una opción legítima ante otros posibles mecanismos de movilidad forzosa, como puede ser el traslado a una nueva unidad administrativa que suponga un cambio de localidad (STSJ de Madrid de 3 de abril de 2002, JUR/2002/235492), considerándose su plazo mínimo de duración y las cantidades recibidas como legalmente establecidos, que han de observarse en todos los acuerdos que se adopten sobre la materia (AN de 3 de julio de 2005, JUR/2005/269666).

27. La importancia de esta observación reside en la previsión establecida por la disposición adicional 21 LMRFP, donde expresamente se mantiene que: “Las comunidades autónomas y las corporaciones locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de planes de empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados que podrán incluir todas o algunas de las medidas mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 18.º de la presente Ley, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación

anticipada". Por tanto, si atendemos a la cita literal de este precepto, parece que las corporaciones locales podrían adoptar otros sistemas de racionalización de recursos humanos que podrían entenderse como un conjunto de medidas integradas de ejecución, medidas que no tendrían que incorporarse a un instrumento de planificación, y que podrían consistir en decisiones orientadas a la ordenación de situaciones que versaran sobre modificación de estructuras y de puestos de trabajo, reasignación de efectivos de personal, prestación de servicios a tiempo parcial, y adopción de incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación parcial; incentivos que en este caso podrían ofrecerse a funcionarios no incorporados a un plan de empleo, y que, en cierta manera, vendrían a añadirse a las previsiones de las retribuciones legalmente establecidas para esta particular situación administrativa, pareciendo en cambio más discutible que pudieran consistir en la disminución del número de años que el funcionario deba estar en este tipo de situación.

28. Con todo, el elemento más importante de esta previsión son los posibles incentivos a la jubilación anticipada que se pueden adoptar en el marco de un sistema de racionalización de recursos humanos. Al respecto convendrá aclarar que la posible introducción de medidas de jubilación anticipada en la gestión de recursos humanos de las entidades locales, solo se permite en el marco de un plan de empleo o de otro sistema o medida de racionalización de recursos humanos (STSJ de Cantabria de 8 de abril de 2002, RJCA/2002/773; STS de 28 de julio de 2006, RJ/2006/8553), considerándose de otra manera como una partida salarial no prevista en la estructura retributiva de los funcionarios públicos (STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de diciembre de 2004, RJCA/2005/167). Pero es que, además, la posible aplicación a las plantillas locales del artículo 67.4 EBEP, que establece la procedencia de la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de seguridad social que le sea aplicable, ha quedado seriamente cuestionada después de la STS de 22 de julio de 2009, JUR/2009/428367, donde se concluye que la jubilación parcial del personal funcionario no es posible en este momento, por la evidente falta de un desarrollo normativo de esta materia en la legislación de la seguridad social, y por el compás de espera que parece abrirse en la disposición adicional séptima EBEP, donde se prevé que el Gobierno ha de presentar al Congreso de los Diputados un estudio sobre

los diferentes regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos. Por tanto, parece que el ámbito de acción de las corporaciones locales en materia de jubilación anticipada se reduce, en este caso, a políticas de incentivación integradas en un sistema de medidas de racionalización de personal, que fomenten la jubilación anticipada de efectivos en sectores de la organización administrativa afectados por políticas de reestructuración, de rejuvenecimiento de plantillas o de mayor profesionalización.

29. Es evidente que la mejora de las expectativas de carrera de los funcionarios en base a un sistema de evaluación del desempeño, introduce un factor de motivación de los empleados públicos más competentes, y permite el inicio de un proceso de individualización de las retribuciones de los funcionarios en base al mérito. Con todo, las primeras experiencias producidas sobre el modelo denotan una serie de sumas y restas de difícil valoración. De hecho, la implantación de modelos de carrera horizontal y de sistemas de evaluación del desempeño parece arrojar un balance que podemos resumir de la forma siguiente:

a) En lo relativo a los requisitos de acceso a la carrera administrativa, la mayoría de modelos ha optado por limitar su acceso al personal funcionario de carrera y, excepcionalmente, al personal laboral fijo, lo que a *sensu contrario* significa la exclusión del sistema de carrera del personal no permanente; planteamiento lógico que en ningún caso implica una ruptura del principio de igualdad, ya que el personal temporal, por la propia transitoriedad de las funciones a él asignadas, no se encuentra en la misma situación que el fijo en relación con su vinculación al servicio y, por extensión, en relación con los mecanismos de carrera profesional que se pudieran establecer (ATC 202/2008, de 2 de julio; STSJ de Asturias de 17 de julio de 2009, AS/2009/1836).

b) En lo referente a la existencia de diferentes formas de cómputo de tiempos a efectos de progreso en el sistema de carrera profesional, conviene distinguir entre modelos fundamentados en exigencia de plazos breves para la consolidación de grados (cinco años), lo que supone un desarrollo pleno de la carrera profesional en un período de 20 años, frente a otras propuestas que plantean sistemas diferenciados de cómputo por cada uno de los grados (por ejemplo, cinco años

el primero, seis el segundo, ocho el tercero y diez el cuarto), lo que supone un sistema de carrera con un recorrido temporal de 29 años, teniendo en cuenta que la discusión se complica cuando se quiere introducir un período transitorio de carencia que garantice a todo los empleados públicos que lo soliciten, excepcionalmente y por una sola vez, el acceso al primero de los grados sin necesidad de un período de desempeño y evaluación.

c) La discusión sobre la reversibilidad de la carrera administrativa está siendo otro de los temas importantes en la implantación del nuevo sistema de carrera horizontal. La mayoría de los modelos implantados, o en curso de implantación, parten de la no reversibilidad del nivel profesional alcanzado a salvo de que esta se produjera como consecuencia de una sanción disciplinaria; sin embargo, otros modelos apuestan por el carácter reversible de la carrera profesional por no superar el proceso de evaluación una o dos veces consecutivas, activándose en estos casos un período de espera para volver a solicitarla (3 años), sin que falte algún modelo de lo que ha venido en denominarse irreversibilidad relativa, es decir, la adquisición de los primeros grados tendrá el carácter de irreversibilidad, y para el último de los grados se establece la reversibilidad con carácter excepcional por una evaluación no superada.

d) Al acompañarse los procesos de implantación del nuevo modelo de carrera profesional de sistemas de evaluación del desempeño, una de las dinámicas detectadas impacta sobre el sistema de análisis y clasificación de puestos de trabajo; el planteamiento es simple: si la evaluación es del desempeño de las funciones del puesto, se insiste en la necesidad de describir y fijar detalladamente dichas funciones, lo que colateralmente provoca la introducción de nuevos factores de rigidez en la estructura de puestos, por ello conviene advertir que el objeto de la evaluación no es el puesto, sino los conocimientos, la experiencia, la conducta profesional, y la implicación y compromiso con la organización del empleado público en el desempeño del puesto, que ha de entenderse desde una perspectiva compleja que incluye el cumplimiento de las tareas asignadas por sistemas objetivos consistentes en medidas generales e impersonales, pero que engloba también el ejercicio del poder de dirección del jefe del servicio, mediante decisiones individuales inherentes, la facultad de organización y especificación de tareas.

e) En la misma dirección hay que situar la discusión sobre la participación del superior jerárquico en

la evaluación del desempeño, participación que parece esencial, ya que es la persona más cercana para observar aspectos relevantes del desempeño, y la que puede comprobar de primera mano la conducta profesional del empleado público, participación a la que se opone la crítica a la subjetividad que toda relación interpersonal lleva consigo; los modelos aquí son oscilantes, entre los que afirman el protagonismo del superior en la evaluación del desempeño con la introducción de procedimientos garantistas en base a entrevistas individuales estructuradas, cuyos resultados requieren la conformidad del superior del evaluador, incluyendo la posibilidad del funcionario de aportar documentación valorando aspectos de su conducta profesional, y previendo la creación de una comisión de revisión de las evaluaciones realizadas de carácter técnico, y los modelos que proponen la configuración de un órgano evaluador colegiado, con participación de los representantes sindicales.

f) Uno de los errores capitales que parecen haberse cometido en la implantación de los nuevos modelos de carrera es el de anticipar sus consecuencias retributivas; de hecho, aquí la carrera profesional, y más concretamente el complemento de carrera, se utiliza como coartada para proceder a un incremento de las retribuciones de los empleados públicos, en algunos casos porque se prescinde de todo elemento de evaluación relacionado con el desempeño, y es la pura antigüedad la que permite el acceso al primer nivel de la carrera profesional, con las consecuencias económicas que se hayan previsto; y en otros, porque simplemente se previene la dotación de un anticipo a cuenta del desarrollo profesional o durante un período transitorio, en espera de la implantación del modelo de carrera y del correspondiente complemento retributivo de carrera, posición que ha provocado ya la reacción de nuestros tribunales, que entienden que este tipo de decisiones supone un incremento salarial de naturaleza simple, que contradice los límites presupuestarios y que se ha de declarar nulo de pleno derecho (SSTSJ de Asturias de 17 de julio de 2009, AS/2009/1836, de 11 de septiembre de 2009, AS/2009/2405, y de 4 de diciembre de 2009, JUR/2010/34902). De hecho podríamos decir que la implantación de un modelo profesional de carrera horizontal en la Administración ha sido, en este primer momento, una creación convencional orientada desde una perspectiva sindical, de la que podemos extraer una serie de experiencias de extraordinario interés si queremos que el modelo de carrera y de evaluación

propuesto rinda los frutos de motivar a nuestros funcionarios e individualizar sus condiciones de desempeño, fomentando la profesionalidad, la responsabilidad y la implicación con el servicio público en un delicado momento de restricción presupuestaria, experiencias que se trasladan en forma de requerimientos que podríamos enunciar de la manera siguiente:

a) La carrera es un instrumento de gestión de las competencias, el mérito y la implicación de los profesionales de la Administración, y exige, pues, una situación de permanencia y estabilidad, un servicio activo y una dedicación que implique compromiso con el servicio público y la organización.

b) La carrera ha de tener un largo recorrido que puede cifrarse en un plazo de 29/30 años, sin que se admitan períodos de carencia o transitorios que puedan reducirla artificialmente, lo que la convertiría en económicamente inasumible y en un instrumento de progresión que no llega a cubrir la vida profesional de un empleado público.

c) La carrera profesional ha de ser reversible, si no se consigue acreditar que la competencia, la responsabilidad o la implicación del funcionario se mantiene.

d) Convendría separar la acreditación de la competencia profesional de una lógica de mayor especificación de las funciones del puesto de trabajo; lógica que puede obtenerse a través de otros instrumentos menos rígidos, como pueden ser los manuales de organización o las monografías de puestos, u obtenerse de un ejercicio objetivo, racional y proporcionado del poder de dirección del jefe del servicio.

e) Es imprescindible una implicación del superior jerárquico en el proceso de progresión profesional y de evaluación de los empleados públicos; de unos superiores jerárquicos que dominen el puesto de trabajo y el desempeño esperado, que conozcan bien a los empleados evaluados y que posean la capacidad suficiente para emitir juicios fiables y válidos y comunicarlos a los interesados; a la vez, es necesario que el procedimiento de evaluación esté rodeado de una serie de garantías de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, lo que exige la disposición de un mecanismo de revisión de la decisión evaluativa de carácter técnico, ya que uno de los problemas detectados en la implantación del sistema se sitúa en la alta conflictividad jurídica que la evaluación del desempeño y su control generan.

f) Los dos grandes males de los sistemas de carrera desarrollados a través de instrumentos convenciona-

les, consisten en la identificación del sistema de carrera con la pura antigüedad y con la mayor retribución. La carrera profesional no consiste en la acreditación de una mayor antigüedad, sino en el incremento y consolidación del mérito profesional; además, su utilización táctica como un instrumento de mejora retributiva es el principal error que puede cometerse en una situación de crisis económica, que exige la dedicación de los escasos recursos disponibles al incremento de capacidades y competencias profesionales, en suma, al incremento de la profesionalidad, la responsabilidad y la productividad en el servicio público.

30. Si entramos ahora en los temas de política retributiva, no estará de más advertir desde un primer momento que la política de contención de retribuciones adoptada por el Gobierno del Estado es particularmente injusta con los empleados públicos. Según los informes de la OIT (GB.309/STM/1/1. Actualización de los aspectos sectoriales relativos a la crisis económica mundial: Administración Pública. Noviembre 2010), desde antes de la crisis económica los salarios del sector de la Administración han venido aumentando a un ritmo más lento que los del sector privado en algunos países europeos, entre ellos España, de forma que la variación de sueldos desde el primer trimestre de 2008 al primer trimestre de 2010 ha sido para la Administración del 4,0 por ciento de incremento, mientras que el sector privado ha incrementado sus retribuciones hasta el 7,5 por ciento. Por tanto, los incrementos salariales en el sector privado han sido superiores a los producidos en el sector público, al tiempo que los estudios sobre relatividad retributiva entre el sector privado y el sector público nos advierten de que, una vez ajustadas las diferencias por sector y ocupación, los funcionarios solo estaban mejor remunerados que sus homólogos del sector privado en el extremo inferior de la escala salarial. Sobre esta situación se proyecta la reducción de retribuciones producida durante el año 2010, reducción que ha adoptado una política de proporcionalidad inversa, es decir, las categorías inferiores han sido poco o nada reducidas, mientras que en los grupos y los niveles superiores la reducción ha producido un impacto en torno al 7 por ciento de su valor anterior. Por si esto fuera poco, el diferencial de inflación del año 2010 ha sido del 2,3%, con lo que el ajuste salarial sobre el empleo público más tecnificado acabará siendo del 9,3%. Lógicamente, la consecuencia es la depreciación del valor del trabajo público más cualificado, es decir, de la profesionalidad en el em-

pleo público, y la percepción de que difícilmente podrán adoptarse medidas de ajuste salarial suplementarias sobre estos colectivos. Además, se ha excluido del ajuste salarial a una serie de entidades públicas empresariales, empresas y fundaciones del sector público que ya gozaban de un diferencial salarial positivo con respecto a otros trabajadores del sector, lo que no deja de ser una afectación del contenido esencial del derecho de igualdad, tal como se refleja en Auto de la Audiencia Nacional 000128/2010, sobre el conflicto colectivo que enfrenta a los representantes sindicales de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre con su representación empresarial, que ha culminado con el estudio por parte de este órgano jurisdiccional de una posible cuestión de constitucionalidad sobre la nueva redacción de los artículos 22, 4 y 25 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010, promovida por el artículo 1 del RDL 8/2010, de 20 de mayo. En definitiva, el ajuste salarial en el sector público no se está realizando con respeto a los necesarios parámetros de igualdad y equidad, que actúan como elementos principales del sistema de retribuciones de los funcionarios públicos, lo que ha de ser una llamada para tratar cuidadosamente el manejo de las políticas retributivas de las plantillas de nuestras entidades locales si no se quieren provocar efectos reflejos contrarios, ya que dejar erosionar las retribuciones de los funcionarios públicos, cuando no se controla por parte de quien la determina la carga de trabajo que dichos profesionales asumen, puede resultar una política muy desacertada que provoque la inestabilidad de servicios que se consideran esenciales en una época de crisis.

31. El sistema retributivo de los funcionarios de la Administración local presenta signos de agotamiento. De hecho, el devengo de las retribuciones complementarias relacionadas con el puesto de trabajo, el complemento de destino y el específico, requiere que los puestos de trabajo sean previamente valorados y catalogados, lo que no ocurre siempre, teniendo en cuenta que, cuando ocurre, el proceso de catalogación puede convertirse en una pura formalidad, o encubrir un proceso de negociación que convierte esta operación técnica en un acto previo de carácter secundario y susceptible de alteración en una mesa de negociación. Por si esto fuera poco, la catalogación de puestos sufre a lo largo del tiempo un proceso de deformación, producido por una necesidad de individualización retributiva del puesto en función de las necesidades o

requerimientos de su ocupante, sin que se acometan procesos cíclicos de revisión y adaptación; a partir de aquí, la asignación de complementos es el resultado de una serie de decisiones aisladas, tomadas en distintos momentos, con diferentes marcos de referencia y con un elevado grado de discrecionalidad. Además, no es infrecuente que en algunas adaptaciones retributivas se olvide el carácter causal de las retribuciones complementarias, lo que lleva a su tratamiento "englobado", como si de un mismo concepto se tratara, incrementando o minorando una partida retributiva en función de la correlativa disminución o aumento de otra, articulando operaciones de compensación o absorción que vacían de contenido la lógica retributiva de los distintos complementos.

32. En cuanto al sistema de complementos, el complemento de destino que debería asignarse por las corporaciones locales atendiendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en los que esté situado el puesto, no parece responder a su finalidad última, que es la de convertirse en un indicador de la importancia o la especialidad del puesto y de la correlativa especial preparación técnica o responsabilidad que lleva aneja su desempeño. De hecho, la actuación de la Administración en la asignación de niveles de complementos de destino a los puestos ha sido absolutamente discrecional, en base a la relación de la estructura de puestos con las potestades de organización, lo que ha permitido una amplia libertad para asignar niveles a los puestos, que solo se ha podido discutir en supuestos de injustificada diferenciación de puestos sustancialmente idénticos en términos que han obligado a calificarla de discriminatoria. También es importante señalar la función que cumple el complemento de destino en la carrera de los funcionarios públicos en su transformación en grado personal. En esta dirección conviene destacar el uso táctico que se ha hecho de la posibilidad abierta por el artículo 21.1.f LMRFP para la consolidación de grados personales a través de requisitos objetivos establecidos por el pleno de las corporaciones locales, lo que ha permitido implementar un sistema de carrera de grado personal que, en la gran mayoría de casos, ha acabado fundamentándose en la antigüedad en el desempeño del puesto y la formación, lo que ha agotado la potencialidad del nivel y del grado para ser un indicador del transcurso de carrera del funcionario público en la estructura de los puestos de trabajo.

33. En su formulación inicial, el complemento específico es un complemento funcional de puesto de trabajo que se fija en función de sus particulares circunstancias. Pero lo cierto es que el complemento específico es hoy un complemento general común a todo tipo de puestos. Dicho complemento se ha utilizado desde una perspectiva claramente compensatoria, para equilibrar las retribuciones básicas de los funcionarios de distinto grupo, que ocupan dotaciones correspondientes a puestos de trabajo con idéntico contenido funcional, a través de la técnica que llamamos de “puestos barrados”, es decir, puestos de trabajo que se adscriben a dos grupos de titulación, y cuyo complemento específico sufre la correspondiente variación para compensar el diferencial retributivo del ocupante adscrito a un grupo de titulación inferior. También el complemento específico se ha considerado expresivo de una mayor dedicación, de una dedicación exclusiva o de una dedicación “especial”, que se corresponde con una prestación de servicios fuera de la jornada normal propia de nuestras corporaciones locales (jornada partida, nocturna, festiva, por turnos, en presencia o en localización), con lo que pierde su capacidad para ser indicativo del contenido funcional del puesto de trabajo. Además, su carácter factorial ha propiciado la técnica de los “pluses”, es decir, que el complemento específico acabe recogiendo una estructura de partidas retributivas propias y concretas de un grupo de funcionarios que, ubicados en una situación de privilegio, consiguen un tratamiento retributivo más favorable que el ofrecido al conjunto de funcionarios públicos (Policía local, brigadas municipales, agentes de recaudación), lo que produce su desnaturalización, es decir, su utilización para finalidades distintas de las contempladas en la norma, ya que lo único que se pretende con ello es simplemente incrementar las retribuciones de algunos grupos de funcionarios.

34. El complemento de productividad en la estructura retributiva diseñada por la LMRFP, pretendía incentivar la actividad extraordinaria y el interés o la iniciativa con que el funcionario desempeñase su trabajo, era, pues, un elemento dinamizador del sistema retributivo, de carácter subjetivo, que pretendía compensar el cumplimiento de unos objetivos previamente determinados o la superación de unos niveles de rendimiento definidos, no considerándose una retribución estática y permanente, sino cambiante en función de la concurrencia o no de los elementos necesarios para su acreditación. Sin embargo, lo cierto es que dicho

complemento no ha llegado a aplicarse en muchas de nuestras corporaciones locales, y que cuando se ha aplicado se ha utilizado para complementar las retribuciones del conjunto de los funcionarios, o de funcionarios concretos, o para compensar la “actividad extraordinaria” en la que ha podido encajar, sin un particular esfuerzo interpretativo, la asignación de una jornada superior a la de otros empleados públicos o la prolongación de jornada entendida como una prolongación de la actividad. Más allá de estos usos, el complemento de productividad ha sido en nuestras corporaciones locales un complemento estrechamente relacionado con la asistencia y la puntualidad, que se ha abonado con la finalidad última de reducir y controlar el absentismo, planteamiento que en un primer momento encontró la oposición de los tribunales, por entender que el desempeño ordinario o concreto de un puesto de trabajo es una obligación del funcionario, que no puede estimularse a través de una mejora en las retribuciones complementarias (STSJ de Andalucía/Granada de 9 de junio de 1999, RJCA/1999/1466), doctrina que ha sido objeto de corrección, al considerar que la relación del complemento de productividad con la efectiva disponibilidad y presencia en el puesto de trabajo es indiscutible (STSJ del País Vasco de 12 de julio de 2001, El Derecho 2001/39020).

35. Sobre esta situación parece necesario configurar una recomposición de estructuras retributivas que, tal como sucede en el sector privado, debería tener en cuenta los elementos siguientes:

a) La necesidad de diferenciar, en los complementos de puesto de trabajo, entre complementos funcionales estrictos (dificultad técnica, responsabilidad, complejidad), y los complementos relacionados con la disponibilidad del trabajador y su implicación en condiciones sustanciales relacionadas con el tiempo de trabajo (dedicación, flexibilización, prolongación, horarios especiales, disponibilidad, llamada), cuyo abono puede materializarse en función de las necesidades del puesto y de los momentos de la prestación, perdiendo importancia o interés los factores relacionados con las condiciones de trabajo, que remuneran aquellas circunstancias materiales a las que se expone el empleado a la hora de realizar la prestación, que se consideran íntimamente unidas a la prevención de riesgos laborales (penosidad, peligrosidad). El planteamiento es lógico: se trata de apostar e insistir en la flexibilidad organizativa y en las necesidades de disponibilidad del trabajo. Dicho directamente: se retribuye la disponibili-

dad del empleado público, lo que permite llevar a cabo los ajustes necesarios remunerando la maleabilidad de la jornada, del horario, el desplazamiento del descanso semanal o la alteración del mismo en turnos especiales.

b) La segunda de las variables observadas tiene que ver con la centralidad de la retribución por productividad, pero con una productividad directamente ligada a la actividad y la asistencia, la cantidad y la calidad del trabajo, y al ejercicio de una pluralidad de competencias profesionales que retribuyen la capacidad para realizar distintas funciones en un mismo puesto de trabajo, en base a la consecución y desarrollo de módulos de funciones integradas de comunicación, calidad, producción e implicación en la seguridad y en los objetivos de la organización. En este campo resultan particularmente importantes las nuevas formas de gestión del rendimiento, o sistemas en los cuales se tiene en cuenta la aportación de los individuos a la organización para la determinación de las retribuciones; de este modo, las técnicas de evaluación del desempeño o de gestión por competencias, se tienen en cuenta vinculadas a prácticas de individualización de las retribuciones que permiten el escape del "grupo retributivo". Hay que advertir aquí de la necesaria distinción entre las técnicas de evaluación ligadas a la carrera profesional y la evaluación del desempeño como sistema de aplicación de complementos retributivos relacionados con la mejora del desempeño, el rendimiento y la consecución de objetivos, siendo la fórmula típica que adoptan estas retribuciones la de una partida variable vinculada al desempeño del trabajador, en base a un sistema de entrevistas en las que ambas partes analizan los distintos aspectos del comportamiento y de los resultados del colaborador, proponiendo acciones de mejora y de compensación; en contrapartida, las técnicas de remuneración ligadas a la carrera profesional recuerdan más a la llamada retribución por competencias, que se anuda a la definición por la organización de "unidades de competencias", definidas como un conjunto de tareas, deberes y responsabilidades que debe poseer el individuo, estableciéndose además el tiempo medio de adquisición de nuevas competencias que llevará al individuo a su progreso en la organización, siendo uno de los elementos básicos el que la valoración de las competencias del empleado, y la validación de las nuevas unidades de competencias adquiridas por el mismo, deben realizarse de forma mixta por parte de su responsable jerárquico y del propio empleado. Se trata, pues, de sistemas de valoración del mérito que inten-

tan reconocer la evolución personal del trabajador y el aprovechamiento de sus capacidades y habilidades por parte de la organización.

Por tanto, parece que las líneas de tendencia que deberían marcar la adecuación de los sistemas retributivos en esta época de crisis, podrían resumirse en las conclusiones siguientes: un uso moderado de los complementos por puesto de trabajo, que reconociera y compensara sus características específicas relacionadas con factores estructurales, como pueden ser la dificultad técnica o la responsabilidad; una disminución del peso de los factores relacionados con las condiciones en que se desarrolla el trabajo, como pueden ser la penosidad o la peligrosidad; un protagonismo importante de las retribuciones dirigidas a flexibilizar la prestación del servicio y la disponibilidad del factor trabajo; una mayor centralidad de las retribuciones ligadas al mérito y al reconocimiento de la competencia profesional y, también, de las relacionadas estrechamente con la mejora de la productividad y de la calidad en la prestación de los servicios públicos, retribuciones que tenderían a la individualización de la política retributiva y que se acreditarían a través de un sistema de apreciación o evaluación del desempeño.

36. Más allá de esta cuestión, se impone una reflexión sobre los llamados beneficios sociales propios de la negociación colectiva de nuestras Administraciones, que tienen como común denominador proporcionar a los empleados públicos ayudas económicas o servicios diversos no relacionados directamente con conceptos retributivos obligados y debidos, dependiendo su acreditación exclusivamente de la producción de una contingencia extraordinaria o de la existencia de una necesidad especial de tipo educativo, familiar o cultural, es decir, de una circunstancia extralaboral. De hecho, la negociación colectiva más reciente pone de manifiesto que los beneficios accesorios crecen significativamente como un componente más de las remuneraciones de los empleados. Nuestra reflexión sobre este tipo de beneficios parte de la base de su generalización indebida a todos los empleados públicos considerados genéricamente, y de su establecimiento con carácter fijo, periódico e incondicionado, lo que acerca estas percepciones al criterio de meritación propio de las retribuciones.

Aquí se impone un necesario cambio de rumbo que tenga en cuenta los elementos siguientes: a) el carácter selectivo de las ayudas, que se han de definir con criterios de política social y se han de condicionar al he-

cho objetivo de que no se supere un determinado nivel de renta o ingresos familiares, teniéndose en cuenta el número de miembros de la unidad familiar; b) también convendrá huir de la periodicidad y la univocidad de los conceptos, siendo especialmente cuidadosos en el establecimiento de condiciones de concesión y acreditación de la utilización de la ayuda recibida, que puede subordinarse a la obtención de un determinado resultado.

37. El umbral de horas trabajadas en el sector público español por semana es muy bajo y tiende a la disminución. En el año 2004, el número de horas trabajadas por semana era de 32,3, para el año 2008, el número de horas trabajadas por semana era de 31,2 (Laborista, OIT, base de datos sobre estadísticas del trabajo). Aún más, una jornada formal de 37,5 horas semanales, combinada con una pausa de media hora asimilada a tiempo de trabajo, más la aplicación del régimen de vacaciones, días de asuntos propios y fiestas legales, pueden suponer un promedio anual de 210-215 días laborables; si les aplicamos un régimen real de trabajo de 6,5 horas de promedio, comporta un total de jornada de trabajo anual de entre 1.365 y 1.397 horas totales de trabajo efectivo, lo que dividido por las 52 semanas de un año acaba por darnos entre 26,25 y 26,86 horas efectivamente trabajadas. Los referentes comparados nos dejan en evidencia: Alemania y Gran Bretaña han incrementado las horas de trabajo de sus empleados, pasando de las 38 a las 39 horas de trabajo, y países como Irlanda, Suecia y Holanda acercan las jornadas de trabajo de su sector público a las 38 horas por semana. Por tanto parece que el retorno a las 37,5 horas de trabajo semanales va a ser inevitable si se quiere incrementar la productividad y mejorar el crecimiento económico. Es más, la corrección horaria en algunas de nuestras Administraciones parece haber comenzado con la recuperación por ley de la jornada semanal de 37,5 horas (artículo 1 de la Ley 5/2010, de 27 de diciembre, de medidas extraordinarias para la sostenibilidad de las finanzas públicas de Murcia), mientras que en otras Administraciones se ha optado por introducir una doble escala de jornadas ordinarias, de forma que los funcionarios ingresados antes de una determinada fecha consolidan un jornada de 35 horas, mientras que los seleccionados con posterioridad se incorporan a una jornada de 37,5 horas (Ayuntamiento de Igualada. DOGC TIC/2214/2003. Núm. 3931. 23.7.2003). Sin embargo, lo cierto es que en la mayoría de entidades locales han seguido una

política más pragmática, sencillamente se establece la jornada de 35 horas semanales, pero son muchos los empleados que mantienen una jornada de 37,5 horas o incrementan su jornada de trabajo hasta las 40 horas, lógicamente a cambio de la correspondiente adecuación salarial. Dicho de una manera simple: la reducción de jornada se transforma en un incremento retributivo directo, sin que su limitación se transforme en un instrumento de la política de empleo. Dado que, además, la mencionada reducción se ha producido sin una reordenación del tiempo de trabajo que pudiera minimizar sus efectos sobre los servicios públicos, el resultado acaba siendo una proliferación de jornadas y horarios especiales, cada una con su correspondiente proyección retributiva, que dificulta la gestión del escaso tiempo de trabajo disponible, de forma que los ajustes de cobertura en los diferentes servicios públicos se acometen con el único instrumento de flexibilidad que queda en manos de los jefes de servicio: la prestación de servicios extraordinarios; servicios que a menudo se pagan con un sobrecoste importante sobre el precio de la hora ordinaria de un empleado público. Por tanto, el problema no estriba solo en incrementar el tiempo de trabajo efectivo en los servicios públicos, sino en mejorar la gestión de su distribución y, sobre todo, en asegurar su disponibilidad y efectividad.

38. Lógicamente, el incremento de la jornada de trabajo de los funcionarios públicos es una decisión durísima que se puede querer evitar. Si esto es así y se admite que los aspectos cuantitativos de la jornada de trabajo se van a estancar, es evidente que los aspectos relacionados con la distribución del tiempo de trabajo adquieren una extraordinaria importancia, por lo que habremos de centrarnos en los temas relacionados con esta cuestión. Desde esta perspectiva queremos avanzar las siguientes reflexiones:

a) El primer mecanismo que las normas vigentes ofrecen es la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, que admite diversas colocaciones e intensidades del tiempo de trabajo, siempre que no se supere el tope anual de 1.647 horas, resultante de promediar las 37,5 horas semanales de trabajo efectivo. Así se rompe la uniformidad de jornada, permitiendo un reparto más elástico de los tiempos de la actividad laboral adaptables a circunstancias estacionales (municipios turísticos) o locales (fiestas patronales); al respecto convendrá recordar que en el sector privado es frecuente fijar una jornada irregular distribuida temporalmente en dos periodos del año, uno en que la

jornada establecida para determinados meses es más larga de la habitual, y otro con una jornada en la que se trabaja menos horas, con períodos cortos de naturaleza singular en que se trabaja más.

b) Otro recurso para la distribución irregular del tiempo de trabajo consiste en establecer la jornada semanal y nada más, en cuyo caso se podrá distribuir desigualmente entre los distintos días de la semana, pero de forma que las jornadas ordinarias diarias no excedan de un número determinado de horas de trabajo o no desborden un determinado mínimo, por ejemplo, ocho y seis; una segunda opción en esta línea consiste en establecer una jornada ordinaria diaria más reducida, por ejemplo seis horas, pero admitir una distribución irregular de una parte de la jornada semanal a ubicar cuando las necesidades del servicio lo requieran, por ejemplo una tarde a la semana; en la misma dirección pueden introducirse mecanismos flexibilizadores, señalando que la jornada diaria de trabajo es de 6 horas, pero previendo una bolsa de horas flexible de cómputo mensual, cuatrimestral o anual, con la precisión de que tales horas flexibles nunca serán en festivo, excepto en circunstancias excepcionales que se deberán justificar y comunicar con una antelación mínima al empleado público.

c) En caso de que se proceda a la fijación de un horario de trabajo concreto y determinado, es esencial prever procedimientos de modificación del horario inicialmente fijado, distinguiendo entre cambios que podrían recibir la consideración de sustanciales y meras modificaciones accidentales que han de considerarse una manifestación del poder de dirección del jefe del servicio, sin requerir ningún procedimiento formalizado.

d) Uno de los mecanismos de ajuste por excelencia es la realización de servicios extraordinarios, servicios que actúan como herramientas limitadas de flexibilidad para atender a las necesidades del servicio; esta posibilidad depende de que se entienda que los servicios extraordinarios son fundamentalmente un instrumento de distribución irregular de la jornada de trabajo. Para ello podemos considerar dos medidas esenciales: la primera, en aquellas corporaciones locales que tengan una jornada reducida de treinta y cinco horas, debería entenderse que las dos horas y media restantes hasta las treinta y siete horas y media son horas complementarias de obligada realización a solicitud de la Administración, que se compensan con tiempo de descanso a determinar por la misma Administración, entendiendo

que la determinación del período concreto en que ha de llevarse a cabo el descanso compensatorio debería quedar como decisión propia de la Administración, incluida en su poder de dirección. La segunda, conviene insistir en la desaparición de los incrementos o recargos por las horas comprendidas dentro de los servicios extraordinarios, y, en la medida de lo posible, en su compensación con tiempos de descanso equivalentes, admitiendo que cuando la Administración invoque y motive la existencia de una necesidad de servicio, la realización del servicio por el funcionario designado tiene carácter obligatorio y no se puede excusar, y que los períodos de recuperación se fijan por la Administración, previa consulta con el funcionario, con la voluntad de llegar a un acuerdo, pero siempre dentro del mes o de los dos meses siguientes a su realización.

e) Una de las preocupaciones más reiteradas en la implantación de los regímenes de trabajo, es la de garantizar la cobertura del puesto en los servicios continuados en aquellos casos en que no se presente el relevo, desde esta perspectiva las normas convencionales sobre ordenación del tiempo de trabajo han de prever que si el empleado público no es sustituido por retraso de su sustituto sin preaviso de este, deberá notificarlo a su superior, obligándose a proseguir en su puesto en la prestación de servicios extraordinarios, siempre que se trate de una actividad que a juicio del jefe de servicio no pudiese ser abandonada.

f) Debería revisarse la implantación de sistemas de horario flexible a todo tipo de actividad. A nuestro parecer, la viabilidad de un horario flexible está fuertemente condicionada por el sector de actividad de que se trate, siendo más factible cuanto mayor sea la autonomía de las actividades dentro del ciclo productivo, por no requerir una interdependencia con tareas distintas dentro del mismo área o sector, o con otras Administraciones Públicas con las que interactúan. También hay que tener en cuenta que el horario flexible es de más fácil acomodo cuanto más prolongadas sean las jornadas, pero tiene poco sentido en una jornada reducida, en la que además se cuenta con una pausa de media hora considerada de trabajo efectivo.

g) Más allá de las medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo están las medidas que refuerzan su efectividad, es decir, su consideración de trabajo efectivo: ello quiere decir que el cómputo del tiempo de trabajo debe realizarse de modo que, tanto al comienzo como al final de la jornada de trabajo, el trabajador se encuentre en su puesto, por lo que no constituyen tiem-

po de trabajo los trayectos, cambio de ropa, aseo personal, tiempos de recogida de uniformes, instrumentos de trabajo o armas. En la misma dirección, parece que las pausas en la jornada de trabajo se han de producir dentro del mismo centro de trabajo, sin que proceda su fragmentación o el uso para finalidades distintas a las que satisface la pausa, pudiendo determinarse el momento exacto en que la misma se produce y sus márgenes de elasticidad.

h) Finalmente, conviene considerar que existen causas que legitiman una disminución del tiempo de trabajo, cuya concesión resulta exigible a la Administración; son, pues, reducciones de jornadas singularizadas que pueden impactar de manera considerable sobre un turno, un equipo o una actividad. Aquí convendría posiblemente concentrar en periodos concretos o en módulos ininterrumpidos el disfrute total de las horas reducibles, uniéndolas sin solución de continuidad, lo que seguramente mejoraría la gestión de la sustitución e incrementaría la satisfacción de los empleados públicos.

39. La jornada a tiempo parcial, entendida como la prestación de una actividad de duración inferior a la jornada a tiempo completo de referencia, se considera como la medida de flexibilización del tiempo de trabajo por excelencia. Dicha jornada permite un amplio margen de distribución flexible del tiempo de trabajo, por la amplitud de posibilidades de reducción y por los diversos módulos temporales de referencia. Normalmente el trabajo a tiempo parcial es un instrumento de flexibilidad que permite suplir las eventuales carencias distributivas del tiempo de trabajo, que no se alcanzan a través de otras opciones. Por tanto, en entornos rígidos de gestión del tiempo de trabajo, como puede ser la Administración Pública, la jornada a tiempo parcial se considera indispensable para dotar al sistema de márgenes de adaptación y flexibilidad. De hecho, la modalidad de prestación de servicios a tiempo parcial permite contratar actividad para cualquier tiempo de trabajo y para cualquier frecuencia de servicio, pudiendo incluso sumarse la cobertura de necesidades no previstas mediante el establecimiento de una bolsa de horas complementarias para ampliar el número de las previstas. Sin embargo, la jornada a tiempo parcial no encuentra un fácil acomodo en la Administración. Por definición, el régimen funcional ha implicado hasta fechas muy recientes la prestación de servicios efectivos a jornada completa, sin que se deban confundir las jornadas reducidas con la jornada a tiempo parcial, ya

que la reducción implica siempre la existencia de una jornada establecida que se disminuye, mientras que la modalidad de tiempo parcial implica la individualización de horas y módulos en función de las necesidades de servicio, sin olvidar el factor de flexibilidad que suponen las horas complementarias. De hecho, la STS de 5 de febrero de 1991 (RJ/1991/3173), confunde la jornada a tiempo parcial con una reducción de jornada, para acabar prohibiéndola, lo que ha llevado a entender que la jornada a tiempo parcial está vedada a los funcionarios, y más concretamente a los funcionarios de la Administración local, que deben mantener un principio de equivalencia con los funcionarios de la Administración del Estado en torno a las distintas modalidades de jornadas ofrecidas por el ordenamiento jurídico. Con esta perspectiva, hay que partir de la base de que la jornada a tiempo parcial es un tipo específico perfectamente admitido en la legislación estatal. Precisamente, el artículo 18.2 LMRFP, aún vigente, nos recuerda que los planes de empleo podrán contener como medida la prestación de servicios a tiempo parcial, y el artículo 47 EBEP enuncia que la jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo y a tiempo parcial. Aún más, no sería inconveniente tener en cuenta que existe en nuestro ordenamiento de empleo público una configuración más acabada de la jornada a tiempo parcial en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, donde se prevén nombramientos de personal funcionario, permanente y no permanente, para la prestación de servicios en dedicación parcial, en el porcentaje, días y horario que, en cada caso y atendiendo a las circunstancias organizativas y funcionales, se determinen, con el límite del 75 por ciento de la jornada ordinaria en cómputo anual. Por tanto, no existen excepcionales dificultades para que las entidades locales puedan nombrar funcionarios, de carrera o interinos, con dedicación a tiempo parcial.

40. Uno de los factores que explica el actual proceso de petrificación de la gestión de las condiciones de trabajo de nuestras entidades locales es, sin duda, una negociación colectiva que se concibe como un derecho sin límites. Hoy parece haberse olvidado que el derecho a la negociación colectiva en la función pública es un derecho de configuración legal, que solamente puede ser ejercido en los términos establecidos por el legislador, por lo tanto la ley puede establecer límites a la negociación colectiva, puede, igualmente, reservarse determinadas materias que quedan excluidas de la

negociación colectiva, y aun más, puede penetrar en la norma pactada modificando su contenido sin que ello suponga desconocer el derecho de libertad sindical de los funcionarios. La negociación colectiva no puede entenderse como excluyente e inmodificable, y ha de atenerse a las condiciones e intervenciones de la norma legal que la reconoce. Además, de acuerdo con el artículo 38.10 EBEP, los órganos de gobierno de las Administraciones pueden suspender o modificar el cumplimiento de pactos y acuerdos, ya firmados, por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público, y con el único trámite de informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación. Por tanto, es posible desvincularse unilateralmente de lo pactado como medida excepcional, fundada en una causa grave de interés público producida por la "alteración sustancial de las circunstancias económicas", cumpliendo un trámite de información, trámite que ha de utilizarse para justificar la decisión, concretar el alcance de la supresión o modificación, y, si se considera necesario, negociar alguna medida que se pueda entender como compensatoria.

41. La ley no es el único límite existente a la negociación colectiva. El artículo 97 CE reconoce el poder de dirección de los órganos de gobierno sobre la Administración como una consecuencia del principio democrático. De ahí deriva el poder genérico de dirigir y controlar la actividad de los empleados públicos, incluyendo la potestad disciplinaria. Dicho poder es irrenunciable, como irrenunciable es el poder de dirección y control del empresario sobre la actividad laboral que se deduce de la libertad de empresa, que encuentra su fundamento en el artículo 38 CE. La negociación colectiva, que es básicamente un sistema de producción de normas sobre las condiciones de trabajo, puede ser también un sistema de introducción de límites al poder de dirección de los órganos gestores del empleo público, pero esa capacidad tiene también vedada la facultad de restringir el poder de dirección en cualquiera de sus manifestaciones cuando este viene regulado en preceptos legales, y, lo que es más importante, la imposición de límites no puede acabar en la sustitución de poderes, es decir, en la obtención de una situación en la que el poder de organización, dirección y control se "cogestiona" y, en función de las cláusulas de un acuerdo colectivo, se acaba desplazando individualmente hacia los propios empleados públicos, que

están en disposición de determinar sus condiciones de trabajo decidiendo sobre las necesidades de los servicios, la jornada o el régimen de turnos. Precisamente, la necesidad de garantizar una cierta "intangibilidad" del poder de dirección sobre el trabajo público en una época de crisis, es esencial, y dicha preservación puede conseguirse con un uso racional y adecuado de unos derechos colectivos que no pueden considerarse absolutos, o puede conseguirse a través de la ley, es decir, determinando por ley las condiciones de trabajo de los empleados públicos y sustrayéndolas al ámbito de la negociación colectiva. La opción es simple: frente a una negociación colectiva fuera de control, el imperio de la ley. Experiencias recientes en el tráfico aéreo o en algunas comunidades autónomas van en esta dirección, pero asumir dicha perspectiva presupone el reconocimiento de un cierto fracaso, el fracaso en la función pública de la negociación colectiva como vehículo idóneo para la determinación de las condiciones de trabajo, de una negociación colectiva que no sirve solo para multiplicar los derechos de un colectivo de trabajadores, sino que también ha de contribuir necesariamente a la consecución del interés general, así como a la adaptación de las estructuras y los servicios públicos a los principios de eficacia y economía propios de la gestión pública.

42. Más allá de esta cuestión, lo cierto es que es francamente difícil desarrollar una política de gestión de personas en las corporaciones locales de pequeña y mediana dimensión. Desde esta perspectiva se puede coincidir en la necesidad de gestionar funciones y servicios desde el ámbito más adecuado, y, por tanto, en la necesidad de articular modelos de gestión asociada del personal para las entidades locales. Entiéndase bien: lo que ha de ser objeto de asociación no es el propio personal de las entidades locales, lo que ha de ser objeto de asociación es la función de personal, y más concretamente, un servicio de personal dotado de los correspondientes medios para garantizar un cierto nivel de especialización y de capacidad técnica para la gestión, en campos ciertamente problemáticos como pueden ser la selección, las retribuciones, la ordenación de puestos, la prevención de riesgos laborales y las relaciones laborales. Este es un reto pendiente que es necesario abordar y plantearse seriamente con ayuda de las instituciones supramunicipales y de las comunidades autónomas, ya que sin una función de personal profesionalizada difícilmente obtendremos la función pública profesional que necesitamos para una época de crisis.

Bibliografía

ALONSO, Pamela, TÁURIZ, Gabriel, CHORAGWICKA, Beata, "Valoraciones de méritos en la Administración Pública y la empresa: fiabilidad, validez y discriminación de género", *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 25/3/2009, p. 245-258.

BAYLOS, Antonio, "Sobre la reducción salarial de los empleados públicos", *Informes de la Fundación 1º de Mayo*, 19/2010, p. 1-8.

BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés, "Irrenunciabilidad del poder de dirección del empresario y límites convencionales al mismo", *Revista Española de Derecho de Trabajo*, 147/2010, p. 639-659.

BOLTAINA BOSCH, Xavier, "Recursos Humans", en MARGRE FERRAN, Jaume (ed.), *Informe de l'Observatori de Govern Local*, Barcelona, Fundació Pi i Sunyer, 2006, p. 11-154.

BOLTAINA BOSCH, Xavier, "La jornada de treball i el temps de treball a la funció pública local catalana", Barcelona, CEMICAL, p. 1-46.

COLETTI, Diego, PEDERSINI, Roberto, "La flessibilità numerica nei settori privato e pubblico fra strategia e contingenza", *Giornali di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 124/2009, p. 673-706.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La temporalidad en el empleo en el sector público*, Madrid, CES, 2005.

CUETO, Begoña, SÁNCHEZ-SÁNCHEZ, Nuria, "Diferencias salariales entre empresas públicas y privadas. El caso español", *Fundación Cajas de Ahorros. Documentos de Trabajo*, 346/2007, p. 1-22.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La movilidad en la función pública: entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*, Madrid, Ediciones Cinca, 2004.

FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, Marcos, DÍAZ-FUENTES, Daniel, "Empleo público y temporalidad: ¿Es el sector público parte del problema?", *Temas Laborales*, 102/2009, p. 51-87.

FERREIRA FERNÁNDEZ, A. Xavier, *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP, Madrid, 2002.

FORMEZ, *La mobilità nel lavoro pubblico*, Roma, Dipartimento della Funzione Pubblica, 6/2004.

FORMEZ, *La gestione associata del personale negli enti locali*, Roma, Dipartimento della Funzione Pubblica, 7/2005.

FUENTES MORENO, Antonia, "La gestión del conflicto en la implantación de la carrera horizontal", *VI Con-*

greso Internacional sobre la Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, Vitoria, 9 de junio de 2010, p. 1-31.

GORRITI BONTIGUI, Mikel, TOÑA GÜENAGA, Fernando, "El nuevo modelo de organización y recursos humanos en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Presupuesto y Gasto Público*, 41/2005, p. 245-270.

GORRITI BONTIGUI, Mikel, *Modelo de proceso selectivo por grupos de clasificación*, Barcelona, CEMICAL.

LÓPEZ GANDÍA, Juan, TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *El personal interino de las Administraciones Públicas*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2010.

MONEREO PÉREZ, José Luis, "Para una crítica de las soluciones iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo", *Lan Harremanak*, 20-21/2009, p. 51-136.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, "La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 144/2009, p. 623-665.

QUESADA LUMBREAS, Javier Eduardo, "Modelos autonómicos de carrera profesional en el sistema nacional de salud", *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de abril de 2009.

RAMIÓ MATAS, Carles, SALVADOR SERNA, Miquel, GARCÍA CODINA, Oriol, *Els determinants i la gestió de l'externalització a Catalunya. Món local i món autònom*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2007.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *El fenomen de la successió empresarial en l'Administració pública: contingut i conseqüències de l'aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l'Estatut dels Treballadors*, Barcelona, Federación de Municipios de Cataluña, 2010.

SALGADO, Jesús F., MOSCOSO, Silvia, "Selección de personal en la empresa y las AAPP: de la visión tradicional a la visión estratégica", *Papeles del Psicólogo*, 29 (1)/2008, p. 16-24.

SALGADO, Jesús F., *Selección de recursos humanos por competencias en las Administraciones Públicas: evidencias basadas en la investigación*, Barcelona, CEMICAL.

SCHWARTZ, Remy, "Le pouvoir d'organisation du service", *L'actualité Juridique. Droit Administratif*, spécial service public, 1997, p. 47-54.

TALAMO, Valerio, "Pubblico e privato nella delega per la riforma del lavoro pubblico", *WP CSDLE "Massimo d'Antona". IT*, 90/2009, p. 1-14.

TALAMO, Valerio, "La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico", *WP CSDLE "Massimo d'Antona"*. *IT*, 96/2010, p. 1-22.

TUDELA CAMBRONERO, Gregorio, VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, "Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral", *Fundación Alternativas. Documento de Trabajo*, 75/2005, p. 1-72.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, LAHERA FORTEZA, Jesús, "La flexiseguridad laboral en España", *Fundación Alternativas. Documento de Trabajo*, 157/2010, p. 1-58.

VÁZQUEZ BELTRÁN, Ana, "Tiempo de trabajo y personal estatutario de los Servicios de Salud: la problemática de la jornada a tiempo parcial", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 129/2006, p. 111-142. ■

26_{QDL}

Ponencias, crónicas y notas



Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio

Daniel de Alfonso Laso

Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Profesor asociado de la UAB y de la UOC

1. Cuestiones generales

2. El *non bis in idem* en los delitos urbanísticos

3. La operancia o inoperancia del mecanismo de la cuestión prejudicial

4. El artículo 319 núm. 1 del Código Penal

4.1. ¿Construcción *versus* edificación y urbanización?

4.2. ¿Es preciso que la construcción o la edificación o la urbanización estén terminadas para entender cometido el delito?

4.3. ¿Qué ha de entenderse por no autorizables?

4.4. Viales, zonas verdes y bienes de dominio público

4.5. Autoría y participación

4.6. Formas imperfectas

4.7. La curiosidad de la prescripción

4.8. Problemas concursales

5. El párrafo segundo del artículo 319

5.1. Consideraciones previas necesarias

5.2. Problemas en relación con el núm. 1 del artículo 319

5.3. El problema de las legalizaciones

6. El párrafo tercero del artículo 319

7. El párrafo primero del artículo 320 del Código Penal

7.1. El porqué del castigo del informe previo a la autorización o a la licencia si ya existía el artículo 404

7.2. ¿Puede integrar el delito un informe desfavorable pero injusto?

7.3. ¿Puede integrar el delito un informe que no es vinculante?

7.4. Aun cuando no sea vinculante, ¿basta con la emisión del informe injusto favorable, o será preciso además que se conceda la licencia en base a dicho informe?

7.5. El particular beneficiado por una licencia injusta, ¿es responsable?

7.6. ¿Estamos ante un concurso de normas entre el artículo 320 y el artículo 404?

7.7. Relación entre el artículo 320 y el artículo 319

7.8. El problema de la pasividad administrativa

8. El párrafo segundo del artículo 320

8.1. ¿Es posible la comisión de este tipo sin la emisión del voto favorable?

8.2. ¿Se requerirá a efectos de consumación de este delito que se haya llevado a cabo la construcción a que se refiere la concesión; o al menos sin que se haya dictado la resolución administrativa concediendo la licencia ilegal?

Resumen

Han pasado ya 15 años desde la entrada en vigor de la regulación de los delitos urbanísticos en el Código Penal, y basta con una mirada rápida de las estadísticas judiciales para ver que el número de asuntos en este campo es muy bajo, lo que podría llevar a la equivocada idea de que ha sido gracias al Código Penal el porqué de que las conductas que allí se describen como delitos no se han producido apenas. Nada más lejos de la realidad. Los problemas que estos delitos presentan son muchos y muy variados. Y tal vez sea causa de ese absentismo de sentencias en la materia el que tales problemas no se hayan acertado a resolver. En este trabajo se expondrán y analizarán los problemas técnico-jurídicos que estos tipos penales presentan. Y al tiempo se dará respuesta, también técnico-jurídica, a ellos. Así pues, estamos ante un trabajo concienzudo y fundamentalmente práctico, que nos ayudará a comprender y entender la complejidad del urbanismo desde una perspectiva penal.

Palabras clave: *ordenación del territorio; urbanismo; prevaricación urbanística; construcción; edificación; licencia; obra.*

Abstract

15 years have been elapsed since the entrance into force of town planning crimes. A quick look to judicial statistics is enough to see that the number of cases in this field is very low and, therefore, it would be easy to conclude wrongly that thanks to the Criminal Code this kind of crimes barely occur. This is not true. There are very and different problems related to these crimes. It is possible that the cause of the lack of judgments in this field would be the irresolution of these problems. This article describes and analyzes the technical and legal problems of these crimes and, at the same time, it responses in technical and legal terms to them. Therefore, this article examines carefully and from a practical standpoint this matter with the aim to better understand the complexity of town planning from a criminal law standpoint.

Keywords: town planning; town planning corruption; building; licenses.

Para realizar un análisis concienzudo y eficaz de los tipos penales recogidos en los artículos 319 y siguientes, es preciso tener presentes los mismos en todo momento.

Y para ello se hace necesario comenzar trayendo el texto de lo que estos artículos disponen en nuestro Código Penal, tras la reforma operada por la Ley orgánica 5/2010, que entró en vigor el pasado día 23 de diciembre de 2010.

Artículo 319:¹ **1-** “Se impondrán las penas de prisión de 6 meses **(1 año y 6 meses)** a 3 años **(4 años)**, multa de 12 a 24 meses **(salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio)**, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 6 meses a

3 años **(1 a 4 años)**, a los promotores, constructores, o técnicos directores que lleven a cabo **(obras de urbanización, construcción, o edificación) (no autorizables)** en suelos destinados a *viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.*”

2- “Se impondrá la pena de prisión de 6 meses a 2 años **(de 1 a 3 años)**, multa de 12 a 24 meses **(salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio)** e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 6 meses a 3 años **(1 a 4 años)**,

1. En negrita y entre paréntesis aparece el texto tal y como queda tras la reforma operada por la Ley orgánica 5/2010.

a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable (**obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable**)."

3- "En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra (**y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada**), sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. (**En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar**)."

4- "(En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa de 1 a 3 años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

"Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33)."

Artículo 320: 1- "La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente (**instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación**) proyectos de edificación o *la concesión de licencias contrarias a las normas* urbanísticas vigentes (**o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio**), será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de 6 meses a 2 años (**1 año y 6 meses a 4 años**) o (**y**) la de multa de 12 a 24 meses."

2- "Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de (**los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia**) su concesión a sabiendas de su injusticia."

Artículo 404: "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años."

Lo primero que ha de llamarnos la atención es la ausencia (inexplicable) de la comisión del delito por imprudencia grave. Máxime si tenemos en cuenta que en los delitos concretos contra el medio ambiente (artículo 331) que tienen una estructura casi idéntica a estos, sí se recoge la modalidad de comisión por imprudencia grave.

1. Cuestiones generales

Como señalaba antes, de una primera lectura de los artículos reseñados, *a priori* se puede echar en falta la comisión imprudente de estos delitos, pero lo cierto y verdad es que, a diferencia de lo que sucede con los delitos medioambientales (que en el artículo 331 se castiga la comisión por conducta imprudente), en estos tipos no se ha tipificado la comisión por imprudencia, por lo que la misma es atípica e impune.

No descubro nada cuando digo que el tema del urbanismo es por su esencia materia propia del Derecho Administrativo. Desde el mismo momento en que nacieron los llamados delitos urbanísticos se incorporó al Derecho Penal un nuevo campo abonado de preocupación, que obliga a preguntarnos por los aspectos previos de índole político-criminal.

Han pasado ya 15 años desde la entrada en vigor de la regulación de los delitos urbanísticos en el Código Penal, y basta con una mirada rápida de las estadísticas judiciales para ver que el número de asuntos en este campo es muy bajo, lo que podría llevar a la equivocada idea de que gracias al Código Penal las conductas que allí se describen como delitos no se han producido apenas.

Sería más acertado pensar o, mejor, indagar, y preguntarnos por los problemas del Derecho Penal que puedan llevar a esa baja eficacia de sus disposiciones.

Ciertamente, la falta de respeto por la idea de ordenación urbana es algo en lo que pueden coincidir tanto el constructor desaprensivo como la persona oportunista, que desprecia a los demás y que piensa que en su terreno puede hacer lo que le venga en gana; o incluso también el desesperado que acude a la vía de hecho para resolver su necesidad de vivienda con una

construcción irregular y pobre. Pero de ello no debe derivarse que de forma general la sociedad repudia la aplicación del Derecho Penal en materia de urbanismo. En efecto, es fácil imaginar que precisamente la misma persona que realiza una obra abusiva –por ejemplo– confía a su vez en que otra persona no haga lo mismo y le tape sus hermosas vistas, que se divisan desde su construcción ilegal.

De lo anterior se infiere una dificultad consistente en poder coordinar la disciplina de los delitos urbanísticos con la frontera en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, pues el legislador ha utilizado una técnica con repeticiones casi literales de la descripción de las conductas.

Por eso es comprensible la crítica que muchos autores hacen, manifestando que el Derecho Penal en sus artículos 319 y 320 invade el Derecho Administrativo, y criminaliza conductas que no pasan de ser meros ilícitos administrativos.

No obstante lo anterior, y precisamente por ello, algunos autores han llegado a entender que también parece obligado reconocer que de una primera simple lectura de los dos preceptos del Código Penal se puede contraer la percepción de que el legislador ha querido proteger sobre todo los suelos en los que, al menos en teoría, nunca sería posible la construcción (así, en el artículo 319), añadiendo una especial cualificación cuando se trata de un espacio natural protegido.

En cualquier caso, la protección de los bienes jurídicos que se prevé en los artículos 319 y 320 del Código Penal deriva del artículo 47 de la Constitución, que encomienda al legislador establecer las normas pertinentes “para la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

La protección de estos bienes habitualmente se realiza a través del ordenamiento administrativo, si bien las conductas de mayor gravedad van a ser objeto de sanción por la vía del Derecho Penal. Ahora bien, mientras que la legislación penal es competencia exclusiva del Estado, así se infiere del artículo 149 núm. 6 de la Constitución, por lo que se refiere a la ordenación administrativa de estas materias, las comunidades autónomas tienen las competencias que les atribuye el artículo 148 de la Constitución, lo que, unido a las competencias municipales y de la Unión Europea, determina la existencia de un entramado normativo complejo y a veces contradictorio.

En concreto, las competencias en materia de urbanismo y de ordenación del territorio corresponden a

las comunidades autónomas y a los municipios, como se reconoce en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, publicada a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo. No obstante, siguen vigentes el texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1992, y el Reglamento de disciplina urbanística de 1978. Si bien, recientemente, en mayo de 2007, se ha aprobado y publicado una nueva Ley del suelo, que ha dejado sin efecto la anterior, de 1998.

2. El *non bis in idem* en los delitos urbanísticos

(Su influencia y la escasa aplicación del Derecho Penal en este ámbito delictivo.)

El planteamiento teórico de la cuestión es simple, y así ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional: el hecho castigado por un Tribunal no puede ser posteriormente sancionado por la Administración; si se produce identidad de hecho y de persona responsable, no es posible dedicar dos castigos (penal y administrativo) sobre un mismo sujeto, ni a la vez, ni sucesivamente.

Cuestión distinta es la consecuencia que debe de tener la sanción administrativa impuesta por un hecho sobre el que posteriormente recae la jurisdicción de los tribunales penales. Ciertamente, sería inaceptable que la aplicación del Código Penal pudiera cuestionarse, por lo que habrá que concluir que en nada se puede ni se debe de cerrar el paso a la actuación jurisdiccional si los hechos revisten los caracteres del delito.

Por último también podría suceder que la jurisdicción penal reconociera la existencia del hecho y reconociera la relación del autor con ese hecho, pero, al tiempo, pudiera estimar que no concurren los elementos exigibles penalmente para apreciar un delito. En estos casos, la posición de la Administración, que en teoría puede sancionar “subsidiariamente”, no es sencilla, salvo que se diga que para la parte represiva que corresponde a la Administración no cuentan ni la ausencia de dolo o de culpa, ni el error invencible, por ejemplo.

3. La operancia o inoperancia del mecanismo de la cuestión prejudicial

La prevalencia de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrativo, que implicaría la suspensión de

este hasta que se resuelva aquella, podría verse afectada por concurrir causas prejudiciales administrativas que fueran determinantes de la imposición de la pena. El efecto precisamente entonces sería el contrario, es decir, la suspensión del procedimiento penal hasta que el Tribunal Administrativo resolviera.

La cuestión es: ¿puede el juez penal, a los solos efectos penales, comprobar por sí mismo la legalidad de unas obras llevadas a cabo sin autorización?, o por el contrario, ¿habrá de paralizar el procedimiento hasta que el Tribunal Contencioso-Administrativo resuelva la cuestión?

En concreto, la cuestión ha de plantearse en los siguientes términos: ¿pueden estos supuestos ser considerados causas prejudiciales?

El artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal establece con carácter general la competencia de los tribunales encargados de la justicia penal para resolver, a los solos efectos de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. La regla general será, por lo tanto, que la cuestión prejudicial sea resuelta por el juez penal, si bien a los solos efectos de la represión, es decir, sin que genere efectos de cosa juzgada.

Para ello, el artículo 7 de la propia Ley de enjuiciamiento criminal establece que el Tribunal se guiará por las reglas del Derecho Civil o Administrativo en las cuestiones prejudiciales que deba de resolver. Ello significará que en la resolución de la cuestión prejudicial el juez penal habrá de resolver en los supuestos del artículo 319 y 320 del Código Penal, de acuerdo con las normas urbanísticas vigentes.

No obstante, el artículo 4 citado recoge la excepción a la regla anterior: “si la cuestión prejudicial fuera determinante de la culpabilidad o la inocencia, el juez de lo penal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda”.

Pero claro, el problema es que para que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se manifieste sobre la cuestión prejudicial, deber existir un acto administrativo firme y recurrido por una de las partes en vía jurisdiccional. Si, como sucederá en la mayoría de los casos, la cuestión prejudicial radica precisamente en que no existe licencia urbanística, al no existir acto administrativo, la autoridad que en todo caso debería de venir a auxiliar al juez penal no puede ser más que la

propia Administración que debió de haber dictado el acto administrativo.

En virtud de eso, se reduce, sin duda, la eficacia del mecanismo de la cuestión prejudicial, en los delitos relativos a la ordenación del territorio, a los supuestos en que exista un acto administrativo firme y recurrido en la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El problema se planteará, por lo tanto, al juez de lo penal, en la medida en que, a falta de acto administrativo firme y recurrido, no le será posible dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa para que se pueda manifestar al respecto. Ello supondrá que el juez penal habrá de buscar otras vías, como por ejemplo la existencia de peritos, para traer al procedimiento penal la información necesaria de la Administración competente. Y ello precisamente es lo que en la mayoría de las ocasiones podría hacer surgir en los jueces penales la duda bastante como para decretar el sobreseimiento o la absolución.

4. El artículo 319 núm. 1 del Código Penal

4.1. ¿Construcción *versus* edificación y urbanización?

La primera cuestión a debatir es qué debe entenderse por “construcción y qué se entiende por edificación”. La Ley del suelo no las define. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “construcción” significa: acción y efecto de construir. Por su parte, “construir” significa: fabricar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, monumento, o en general cualquier obra pública.

Si leemos con detenimiento la reforma del artículo 319, nos damos cuenta de que se han introducido, además de la construcción, otros términos de los que antes no se hablaba, tales como edificación, planeamiento urbanístico, parcelación o reparcelación.

No obstante ello, la interpretación que hasta ahora se hacía de esas ausencias era que habría de entenderse que el término construcción englobaba, por ser más amplio, el de edificación, pero no a la inversa. Por ejemplo, bien podríamos hablar de la construcción de una autopista, pero no de la edificación de la misma. En consecuencia, edificación, etimológicamente hablando, sería la parte de la construcción tendente a crear edificios.

Y en similares términos debemos de pronunciarnos en relación a la construcción y la urbanización.

Aunque la rúbrica del capítulo sea ahora: “delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo”, la realidad es que el urbanismo no es sino la edificación repetida de viviendas, y en consecuencia también ha de verse englobada en el término general de construcción.

4.2. ¿Es preciso que la construcción o la edificación o la urbanización estén terminadas para entender cometido el delito?

A mi juicio no será preciso que una u otras estén finalizadas, sino que será suficiente con que las mismas estén iniciadas.

Otra cuestión será determinar el grado de realización de la construcción o de la edificación que es preciso para entenderlas iniciadas a efectos penalmente relevantes.

Yo pienso que debe de requerirse algo más que una simple alteración del terreno natural, pues, de lo contrario, un simple movimiento de tierras no autorizado podría ser considerado delito. Lo que, desde luego, no sería congruente con el principio de intervención mínima (que ya sabemos que se encuentra recogido de manera expresa en la misma Exposición de Motivos del Código Penal de 1995).

4.3. ¿Qué ha de entenderse por no autorizables?

El Código Penal, antes de la reforma de la Ley orgánica 5/2010, no se refería a no autorizables, sino a “no autorizadas”. Con ello debíamos de entender las construcciones o edificaciones que carecían de la preceptiva autorización administrativa.

Y ello podía ocurrir bien porque la construcción se hubiera efectuado sin haber solicitado la correspondiente autorización, o bien porque habiéndose solicitado la correspondiente autorización esta hubiera sido denegada.

E incluso podrían incluirse dentro del concepto de “no autorizadas” aquellos supuestos en los que no se cumple una condición resolutoria que es esencial y ha sido exigida en la licencia: pensemos en los casos en que se otorga una licencia, pero esta ha sido sometida a previa demolición de una edificación existente.

Y, por último, también creo que merecerían la calificación de “no autorizadas” aquellas construcciones que se excedían de la licencia otorgada.

Lo anterior nos conducía entonces a que bien pudiera ocurrir –en la práctica– que, en el proceso penal, hubiera de dilucidarse si la construcción estaba amparada en la preceptiva autorización, o incluso a tener que determinar cuál fuera esta. Pensemos en el caso de alguien que aporta una autorización, pero la misma no es suficiente o no es exactamente la que se necesitaba para efectuar la construcción.

En cualquier caso, la cuestión entonces y hasta la reforma era la de si la falta de autorización había de suponer necesariamente la comisión o no de un delito.

Por su parte, y a este respecto, resulta interesante traer a colación la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de junio de 2003. A tenor de lo que en la misma se dispone: “la conducta del artículo 319 resultará atípica cuando la construcción sea autorizable y meramente se hayan omitido los requisitos necesarios para su obtención, si se obtiene con posterioridad al inicio o a la finalización de las obras dicha autorización”.

En esta misma Sentencia se nos ofrece una perspectiva del delito que tiene en cuenta para su consideración punitiva el bien jurídico tutelado penalmente. Es decir, que la Sentencia se basa en el dato relativo a si en efecto hubo o no hubo lesión para el bien jurídico protegido. El caso en cuestión era el siguiente: en la ampliación de un estadio de fútbol (del equipo de fútbol del Villarreal), se habían realizado unas obras en las esquinas norte y sur, que afectaban inicialmente a viales y que eran contrarias al Plan urbanístico. Ello motivó que inicialmente no se concediera la preceptiva licencia de ampliación del estadio. No obstante, más adelante, se modificó el Plan general de urbanismo y –estando ya iniciadas las obras– se otorgó la referida licencia de ampliación. Si bien, previamente, se liberaron espacios construidos que fueron destinados a viales, con el fin de compensar el espacio total que a esta cualidad se dedicaba (a viales) en el Plan general de urbanismo.

Pues bien, la Sentencia señala en un principio que “aun cuando la conducta formalmente devino atípica una vez que se concedieron u otorgaron las preceptivas licencias, ello no obstante (el simple cambio de planeamiento urbanístico) no convierte penalmente en atípica una conducta inicialmente típica. Amén de que ello a su vez podría incurrir en un vicio de legalidad que integraría una desviación de poder anulable conforme al artículo 63 de la Ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común”.

Ahora bien, lo realmente llamativo y novedoso de esta Sentencia es que, pese a lo ya dicho, lleva a cabo un enfoque del tipo penal desde la perspectiva de la efectiva lesión del bien jurídico penalmente protegido. Y en tal sentido, al producirse la liberación de espacios construidos e incluidos ahora como destinados a viales, se evitó la devaluación y alteración del hábitat y del medio ambiente urbano; por lo que realmente no hubo “ofensa para la ordenación del territorio con relevancia penal”.

Como podemos fácilmente apreciar, con la reforma, al hablar de “no autorizables”, se zanja el problema que antes se planteaba, ya que no se requiere que la autorización haya sido otorgada, sino que la misma no lo hubiera podido ser nunca (“no autorizables”).

4.4. Viales, zonas verdes y bienes de dominio público

El concepto de vial es un concepto urbanístico. Ahora bien, la distinción entre suelo destinado a viales y bien de dominio público es compleja. El artículo 339 del Código Civil califica los “caminos” como bienes del dominio público. Y el artículo 81 núm. 2 de la Ley de bases de régimen local, establece que la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana producirá automáticamente la alteración de la calificación de los bienes afectados como públicos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de marzo del 97 ha derogado la práctica totalidad de la Ley del suelo de 1992, de manera que el Estado no tiene competencias en materia de planeamiento urbanístico, lo que, a los efectos que aquí nos interesan, supone que la definición de lo que se entienda por “viales” corresponderá al legislador autonómico.

En cuanto al concepto de zona verde, también corresponde al legislador autonómico fijar el criterio del mismo. Y si no hubiera regulación autonómica, actuará como legislación supletoria la legislación del Estado dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución.

Por bienes de dominio público hay que entender tanto los que lo son por naturaleza como los que lo son por destino, esto es: lo son por un acto administrativo de afectación. En el ámbito penal, por lo tanto, habrá que disponer en su caso de la prueba del acto administrativo de dicha afectación.

Finalmente, hemos de preguntarnos si el concepto de “espacio natural protegido” está o no incluido en el tipo penal del artículo 319 núm. 1, pues de ser ello así no se acierta ahora a comprender cuál sea el sentido de que nuestro legislador lo haya agravado de manera expresa en el artículo 338, relativo a las Disposiciones Comunes. En este precepto se indica que la pena será superior si las conductas se llevaran a cabo en espacios naturales protegidos.

Por lo que resulta que solo es posible entender que el espacio protegido del artículo 319 núm. 1 sea todo menos el natural. Esto es, espacios de la naturaleza de valor especial, ya que en caso contrario habría de entenderse inoperante o bien la agravación del artículo 338 o bien la inclusión del artículo 319 núm. 1.

4.5. Autoría y participación

Parece claro que en el párrafo primero del artículo 319 la autoría está determinada en los “promotores”, “constructores” o “técnicos directores”.

El primer problema será determinar si puede ser autor de este delito el particular que, con sus propias manos o con la ayuda de sus familiares o amigos, construye una casa en suelo no urbanizable. Aparentemente, el particular quedaría fuera del ámbito de los autores que recoge el tipo. Pero tal laguna habría sido inadmisibles, por lo que la jurisprudencia ha interpretado que “constructor” no es tan solo el profesional que se dedica a ello, sino cualquiera que acometa una obra.

Así se ha pronunciado, *mutatis mutandi*, en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, y en concreto con ocasión del examen jurisprudencial del artículo 316.

Además, en cuanto a la participación, no existe ninguna razón para excluir como regla al particular que contrata la obra o el proyecto, el cual podrá ser considerado, en su caso, inductor (cuando el constructor conozca de la ilegalidad de la construcción) del hecho, si conscientemente ha contratado a unos albañiles para que realicen un trabajo de edificación. Incluso podría suceder que sea solo el contratante quien conoce la ilegalidad de la obra, mientras que los operarios pudieran actuar con plena ignorancia, lo cual tal vez debiera de desplazar la calificación desde el campo de la inducción al de la autoría mediata.

Otro problema al respecto de la autoría viene determinado por si caben o no en este delito otras for-

mas de participación, como sería la cooperación no necesaria, o como la complicidad. Cuando me refiero a cooperación no necesaria lo que estoy haciendo es distinguir la participación de la autoría, de manera que nada impediría, por ejemplo, tener por cómplice al que suministra el material.

4.6. Formas imperfectas

¿Caben las formas imperfectas de ejecución? A mi juicio, cabe la tentativa inacabada (con lo que ello supone en orden a la rebaja de la pena tan solo en un grado). Es difícil imaginar la tentativa acabada. Si se realizan todos los actos estaríamos ante la consumación del delito. En mi opinión estamos ante un delito de resultado. De manera que si se inicia la construcción y a los pocos días los autores fueran descubiertos por la autoridad administrativa, y se les paralizara la obra, no habría inconveniente para aplicar la forma imperfecta de tentativa. Ahora bien, para ello se requerirá que se dé comienzo a la ejecución de la obra destinada a la construcción. No debiendo de incluirse la realización de excavaciones previas a la cimentación (tal y como antes dijimos en relación al movimiento de tierras); y por último, además, sería una conducta que quedaría fuera del ámbito de la tentativa, por tratarse de actos preparatorios impunes (con el Código Penal de 1995 tan solo serán punibles los actos preparatorios –proposición, provocación y conspiración– cuando expresamente así se diga en cada tipo penal), el acopio de materiales o de maquinaria en el lugar de la futura construcción ilegal.

4.7. La curiosidad de la prescripción

Las conductas descritas en el artículo 319 prescriben, según lo establecido en el artículo 131 del Código Penal, a los cinco años. Lo curioso es que el artículo 263 de la Ley del suelo de 1992 establece que las infracciones graves prescribirán a los cuatro años. Además, este precepto, si bien la Ley del suelo fue derogada –como antes dijimos–, ha continuado vigente a lo largo de los desarrollos autonómicos de la norma administrativa del suelo. De manera que se produce una discrepancia entre la prescripción del delito y la prescripción de la infracción urbanística.

Ocurre algo similar a lo que ya pasó con la reforma de la Ley general tributaria y el delito fiscal del artículo

305. Es similar, ya que administrativamente el ilícito fiscal prescribe a los 4 años, y penalmente el delito prescribe a los 5 años. En tales casos, soy partidario de perseguir el delito fiscal penalmente, aun cuando hubiere prescrito la vía administrativa; si bien no debería de apreciarse en tales casos el otorgamiento de la responsabilidad civil. No obstante, para el delito fiscal el legislador ha previsto de manera expresa, tras la reforma de la Ley orgánica 5/2010, que, aun cuando estuviera prescrita la infracción administrativa, se exigirá la responsabilidad civil por la vía penal. Cuestión que, en cambio, no ha sido abordada por el legislador en relación a los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo.

4.8. Problemas concursales

En relación al delito de desobediencia del artículo 556, podría apreciarse un concurso real cuando el sujeto requerido por las autoridades para paralizar la obra no lo hiciera. O cuando la iniciara una vez que se hubiera notificado que el proyecto carecía de los requisitos legales para ser llevado a cabo.

En relación con el delito de falsedad documental, podrá darse en concurso medial del artículo 319 con los artículos 390 y 392 del Código Penal. E, incluso, habría un delito de estafa procesal si tales documentos falsos se introdujeran en el proceso penal con la intención de engañar al juzgador.

En relación con los delitos contra el medio ambiente del artículo 325, podría darse un concurso ideal de delitos, pues existirían ataques a bienes jurídicos diferentes como serían el medio ambiente, por una parte, y la ordenación del territorio, por otra.

5. El párrafo segundo del artículo 319

5.1. Consideraciones previas necesarias

La conducta del núm. 2 del artículo 319 es una conducta compleja. Para comprender la misma no basta solo con atender al verbo típico, sino que además es preciso agregar ahora el lugar sobre el que este objeto se lleva a cabo (suelo no urbanizable), y por último, además, el carácter no autorizable de la misma.

Pues bien, podría suceder que se llevara a cabo una construcción o una edificación en un suelo clasificado

como no urbanizable, pero que, con posterioridad a la realización de la conducta delictiva, se procediera por las autoridades competentes a la modificación del Plan general de ordenación urbana, reclasificando dicho suelo en urbanizable. El problema que se plantea es, por lo tanto, el relativo a la aplicación retroactiva de la norma más favorable al reo. Pero en relación no solo al precepto penal, sino también al elemento normativo administrativo del tipo. Ya que la ley penal no solo lo es el texto del artículo penal, sino también la normativa extrapenal que contribuye a dar contenido al referido precepto penal.

Ocurre algo similar en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, en que, al tratarse de normas penales en blanco que precisan de su complemento con normas de rango administrativo, se ven los elementos normativos del tipo integrados en estas últimas. Así, por ejemplo, el artículo 316 indica que “los que con infracción de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo...”.

5.2. Problemas en relación con el núm. 1 del artículo 319

El núm. 2 del artículo 319 supone llevar a cabo una “construcción o una edificación o una obra de urbanización” “no autorizable” en un “suelo no urbanizable”.

En primer lugar destaca el tipo que antes restringía la conducta típica: solo se castigaba la edificación, y no la construcción ni las obras de urbanización. En segundo lugar esa edificación ha de ser “no autorizable”, y no “no autorizada”, como antes también se decía en el párrafo primero.

Ciertamente, el legislador acertó, pues la verdad es que no se entendía bien por qué el legislador había restringido la conducta típica a las edificaciones solamente, porque lo cierto es que también en suelo no urbanizable se pueden realizar, además de edificaciones, construcciones, instalaciones, urbanizaciones, etc.

Por “no autorizada” ya vimos antes lo que se entiende, mientras que “no autorizable” supone una situación, previa a la hipotética solicitud de autorización, que impediría su concesión o la posibilidad de legalización posterior.

Llama la atención la distinta penalidad que se establece en el núm. 1 y en el núm. 2 del artículo 319. Solo cabe explicar esta distinta pena si se entiende que en el

núm. 1 se reprimen las conductas transgresoras llevadas a cabo en suelo público, mientras que en el núm. 2 se sanciona la realización de edificaciones ilegales en suelo privado.

Ahora habremos de examinar qué haya de entenderse por “no autorizable”, y en tal sentido resulta interesante plantearnos la validez de las autorizaciones presuntas adquiridas por silencio administrativo. En este sentido hay que tener en cuenta que la Ley 30/92 de régimen jurídico de la Administración Pública y procedimiento administrativo común, en la modificación operada por la Ley 4/99, declara la nulidad de los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico. Y por su parte la Ley 6/98 establece que los notarios y registradores de la Propiedad exigirán, previamente a autorizar e inscribir escrituras públicas de obra nueva, que se acredite expresamente el otorgamiento de las preceptivas licencias.

5.3. El problema de las legalizaciones

(Cuando no se ha llevado a cabo, obviamente, la modificación del Plan general de ordenación urbana).

Ciertamente, las legalizaciones solo podrán concederse en los supuestos en que la obra se haya realizado en suelo que no sea absolutamente no urbanizable (del artículo 319 apartado primero), con lo que queda fuera de consideración la posibilidad de que la legalización pudiera ser equivalente a un indulto del delito de este párrafo.

Ahora bien, para los supuestos del párrafo segundo del artículo 319 (suelo que es absolutamente no urbanizable), cabría preguntarse si, una vez concedida la posterior legalización (obviamente nos estamos refiriendo a que ello se haga sin la previa modificación o adecuación del Plan general de desarrollo urbano) de la obra inicialmente injusta, dicha legalización pudiera ser considerada, en su caso, suficiente y bastante como para integrar a su vez un presunto delito de prevaricación.

6. El párrafo tercero del artículo 319

El párrafo tercero del artículo 319 establece que “en cualquier caso los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo de autor de hecho, la demoli-

ción de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada...”.

Se comprueba, así, que la adopción de la medida de demolición no es una consecuencia derivada del delito. Antes al contrario, se adopta con la finalidad de restaurar el orden urbanístico vulnerado por la realización de la construcción no autorizada o de la edificación no autorizable. Ello significa que solo podrá ser adoptado en los supuestos en que efectivamente se constate que se ha vulnerado el orden urbanístico. En este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de febrero y de 14 de abril de 2004, después de condenar por un delito urbanístico, señalaban que no era proporcional que se acordara la demolición de lo indebidamente construido, sin perjuicio de que así lo pudiera acordar la Administración municipal competente en el expediente que tenía abierto a tal efecto.

Lo anterior también se debe de concluir necesariamente de la lectura detallada del artículo 339, correspondiente a las Disposiciones Comunes de estos delitos, en el que expresamente ya se dice que estas medidas cautelares lo serán para “la protección de los bienes tutelados en este Título”.

7. El párrafo primero del artículo 320 del Código Penal

7.1. El porqué del castigo del informe previo a la autorización o a la licencia si ya existía el artículo 404

El problema que realmente importa a efectos penales es si el informe puede o no ser considerado una “resolución administrativa” a efectos de aplicar el artículo 404. En concreto, respecto de los informes preceptivos y vinculantes. La respuesta necesariamente ha de ser negativa, pues la resolución implica una declaración de voluntad definitiva, mientras que el informe será siempre la expresión tan solo de un juicio o de un conocimiento que emite quien no tiene capacidad ni poder de decisión para resolver sobre el asunto. Ello supone que la emisión del informe contrario a Derecho no pueda aceptarse como conducta subsumible en el tipo de la prevaricación administrativa y que, por lo tanto, su punición solo se pueda establecer a partir de una incriminación expresa, como la del artículo 320 núm. 1.

7.2. ¿Puede integrar el delito un informe desfavorable pero injusto?

El legislador exige que el informe tenga carácter favorable, siendo atípicas por tanto aquellas conductas que, contrariando las normas, suponen la emisión del informe desfavorable en relación con los proyectos de edificación o con la concesión de las licencias que se someten a la consideración del mismo. Ello es lógico, puesto que el informe desfavorable nunca podrá afectar a la ordenación del territorio.

7.3. ¿Puede integrar el delito un informe que no es vinculante?

Es indiferente a efectos del tipo penal que el informe tenga o no carácter vinculante para quien deba de resolver la solicitud de la licencia. Este extremo tan solo será relevante a efectos de determinar la responsabilidad en que puede incurrir quien en base a dicho informe decida sobre la concesión de la licencia y su posible amparo, en su caso, en un posible error de tipo.

7.4. Aun cuando no sea vinculante, ¿basta con la emisión del informe injusto favorable, o será preciso además que se conceda la licencia en base a dicho informe?

Muchos autores han dicho que se trata de un delito de mera actividad. Esto es, que no precisa de un resultado. O lo que es lo mismo, que daría igual si se concede o no la licencia, pues ello no se exige por el tipo. Según esta postura sería imposible apreciar la comisión en grado de tentativa.

En mi opinión, tal postura no podrá mantenerse por varias razones: en primer término estimo que si no se concede la licencia finalmente, en tal caso, estaríamos ante actos preparatorios de carácter impune, produciéndose la consumación del delito solo cuando dicha obra se estuviera realizando en base a la licencia concedida por virtud del informe favorable ilegal.

De no considerarse así, llegaríamos a una conclusión que sería absolutamente injusta. Es decir, se sancionaría de igual manera, y con la misma pena, la emisión del informe favorable contrario a las normas urbanísticas pero que no tenga repercusión en ninguna actuación posterior lesiva, y el informe que da lugar

a la resolución que conceda finalmente la licencia ilegal, que sí tendría tal repercusión.

Además sería desproporcionado, ya que en la Ley de la función pública se sanciona la emisión de informes ilegales no como falta muy grave, sino solo como falta grave, y tan solo cuando además causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos (artículo 7.1).

Es decir, la emisión de un informe nunca es más que una falta grave, y para ello se requiere además el perjuicio a la Administración o los ciudadanos. Por ello, entender que el artículo 320 sanciona la mera emisión de un informe sin ulteriores exigencias, sería, sin duda, desproporcionado, puesto que se iría por la vía penal más allá de lo que se va por la vía administrativa.

7.5. El particular beneficiado por una licencia injusta, ¿es responsable?

Estimo que si la injusticia de la concesión ha sido fruto de una relación personal, de amistad, o de parentesco, o de cualquier otro motivo bastardo, no será difícil apreciar una inducción a la prevaricación urbanística por parte del particular. Tampoco habrá dificultad en apreciar un concurso con el delito de cohecho si además ha mediado interés o recompensa del particular hacia el funcionario.

No será tan sencilla en cambio la solución en el supuesto –aunque solo imaginable teóricamente– de que el beneficiado por la licencia desconociera que no debían de habérsela concedido. Si tiempo después, tras las correspondientes impugnaciones, es anulado el acto administrativo delictivo, parece evidente que el desconocimiento del carácter delictivo de ese acto no puede ser para el particular título bastante como para transformar esa construcción o edificación en lícita, pues ello equivaldría a colocar el interés del particular por encima del interés general y del propio Derecho Penal. Por lo tanto, lo procedente sería, seguramente, proceder a la demolición, salvando, eso sí, el derecho del ciudadano a emprender las acciones legales por funcionamiento anormal de la Administración.

Si bien para ello será preciso que sea llevado al procedimiento, pues no podrá adoptarse medida alguna que le pudiera perjudicar si no es oído con contradicción en el correspondiente proceso. Algo similar a lo que ocurre con los terceros de buena fe adquirentes de bienes de pertenencia ajena y de origen ilícito.

7.6. ¿Estamos ante un concurso de normas entre el artículo 320 y el artículo 404?

La respuesta necesariamente ha de ser negativa. En efecto, aunque por algunos autores se habla de “prevaricación urbanística” en relación al artículo 320, lo cierto y verdad es que no nos encontramos ante una auténtica prevaricación, por lo que ya dijimos al inicio del estudio de este precepto. Pero, en cualquier caso, quien opinara lo contrario habría de acudir a la aplicación del artículo 320 frente al 404, por dos motivos: en primer extremo por la agravación de la pena. Y en segundo extremo por la especial protección que supone el artículo 320, que es especial (protección de la ordenación del territorio) respecto del artículo 404.

7.7. Relación entre el artículo 320 y el artículo 319

El problema concreto es: ¿qué sucede cuando el funcionario, habiendo emitido un informe favorable ilegal, da lugar a la autorización, también ilegal, de una construcción de las contempladas en el artículo 319? En estos supuestos, de no existir el artículo 320, no cabe duda de que el funcionario respondería como cooperador necesario en el delito cometido por el particular del artículo 319.

Ahora bien, como quiera que la sanción al funcionario público le vendría impuesta por su concreta conducta, al estar esta expresamente prevista en el artículo 320, el funcionario público habría de responder únicamente por este ilícito penal.

7.8. El problema de la pasividad administrativa

La realidad de lo que había sucedido durante estos últimos años había puesto de manifiesto que, sin perjuicio de que se hubiera producido alguna actuación promovida directamente por la Administración, lo más frecuente venía siendo que estos procedimientos se iniciaran a causa de la denuncia de un particular directamente perjudicado por la calificación o la construcción abusiva. Esas pasividades tras la formalización de la denuncia deberían de tener respuesta en el orden penal.

Con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la Ley orgánica 5/2010, no se preveía que

el funcionario público o la autoridad respondieran por su pasividad en esta clase de delitos.

No obstante, a la sanción penal podría llegarse por distintas vías. En efecto, cuando la autoridad administrativa, bien municipal o bien autonómica, hace oídos sordos a cualquier protesta o denuncia de los ciudadanos que exponen la realidad de una actuación urbanística ilegal, podría darse el supuesto contemplado en el artículo 412, párrafo tercero, del Código Penal como delito de denegación de auxilio en que incurre el "funcionario que requerido por un particular para evitar cualquier otro delito no atiende a ese requerimiento".

No obstante, esta calificación choca con una interpretación que estima que este delito está presidido por la idea de "urgencia máxima" en que se produce la situación y la solicitud de actuación, para evitar un mal que sería irreversible.

Otro posible tratamiento, entonces, de estas "apatías administrativas", podríamos encontrarlo en el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos que regula el artículo 408 del Código Penal, que castiga "al funcionario o autoridad que faltando a la obligación de su cargo dejare intencionadamente de promover la persecución de delitos de los que tiene noticia".

Antes de la reforma de la Ley orgánica 5/2010, todo ello traía consecuencia de que no existía en estos tipos penales un modelo regulado similar al del artículo 329 (para los delitos contra el medio ambiente), en donde se castiga la omisión del funcionario público o autoridad que, encargado de las labores y servicios de inspección, silencia la información obtenida contraria a las normas administrativas en la materia.

Con la reforma del Código Penal se ha salvado esta laguna definitivamente para los delitos contra la ordenación del territorio.

8. El párrafo segundo del artículo 320

8.1. ¿Es posible la comisión de este tipo sin la emisión del voto favorable?

En el artículo 320 del Código Penal no se contempla la posibilidad de omisión; por tanto, las abstenciones o los votos nulos o en blanco son conductas atípicas, aun cuando se tenga la certeza de que con tal actitud se favorezca la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

En cuanto a la abstención, es obvio que quien se abstiene no vota a favor. La laguna de punición se trata de salvar considerando que la misma (la abstención) no debe de ser ampliada equiparando la abstención a la impunidad, ya que aquella, la abstención, es perfectamente compatible con conductas punibles de inducción al voto ajeno o cooperación en el mismo. Incluso puede entenderse que quien debiendo de votar en contra no lo hace, con conciencia de que el sentido de la votación sería por ello favorable a la concesión ilegal, reúne todos los requisitos para la aplicación del artículo 11 del Código Penal; es decir, de la comisión por omisión del delito.

Así podría entenderse de la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1994 (dictada con ocasión del acuerdo celebrado por una junta de corredores de comercio en que se realiza un acto administrativo denegatorio de un derecho), que señala: "es lógico que todos los que han contribuido con su voto en unidad de acto al acuerdo decisorio respondan personalmente de su contenido y consecuencias".

Pues bien, pese a todo esto, yo me inclino por pensar que el legislador, con la redacción dada al tipo en el Código Penal, ha optado por asumir la misma normativa del ámbito administrativo. En este sentido, el artículo 27.4 de la Ley 30/92 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común establece: "cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que en su caso pueda derivarse de los acuerdos".

8.2. ¿Se requerirá a efectos de consumación de este delito que se haya llevado a cabo la construcción a que se refiere la concesión; o al menos sin que se haya dictado la resolución administrativa concediendo la licencia ilegal?

Dos son las tesis que se pueden mantener.

Por una parte, podríamos entender que el tipo penal se consuma en el momento de dictar la resolución o de votar a favor de la concesión de la licencia. En tal sentido, como mero delito de actividad, se consumaría aunque no se lleven a cabo las actuaciones autorizadas por la licencia. En definitiva, en caso de voto favorable la conducta sería típica aun cuando la denegación de la concesión lo fuera porque la mayoría vota en contra.

Por otra parte, también podría considerarse que no es responsable el que vota a favor de otorgar la licencia injusta cuando esta no resulta concedida por ser mayor el número de votos en contra de su otorgamiento, y en consecuencia la misma resulta denegada. Es decir, la acción de votar a favor sería atípica si finalmente no se llega a conceder la licencia injusta.

En mi opinión, y de acuerdo con el tenor literal de la norma, quien resuelve o vota a favor de la concesión de la licencia ilegal comete el delito aunque la licencia finalmente sea rechazada. Y ello porque el artículo 320 anticipa la consumación del delito al momento en que el informe o el voto favorable ponga en peligro la ordenación del territorio establecida en las normas urbanísticas. En definitiva, el precepto no exige que se haya de conceder la licencia urbanística. ■

¿Es necesario modificar el mapa territorial municipal?

La solución: áreas básicas administrativas

Isidre Lluçà i Sabarich

Secretario-interventor de Administración local de habilitación estatal.

Profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universitat de Girona

- 1. Introducción**
- 2. Breve análisis comparado**
 - 2.1. Grecia
 - 2.2. Francia
 - 2.3. Portugal y el modelo portugués
 - 2.4. Finlandia
- 3. La situación actual en Cataluña**
- 4. ¡No a la desaparición de municipios!; ¡sí a la reducción de Administraciones! ABA**
 - 4.1. No a la desaparición de municipios
 - 4.2. ABA. Áreas básicas administrativas
- 5. Conclusiones y recapitulación**
- 6. Bibliografía, artículos y monografías, y webgrafía**
 - 6.1. Bibliografía
 - 6.2. Artículos y monografías
 - 6.3. Webgrafía

Resumen

La profunda crisis actual ha puesto de manifiesto la necesidad de revisar y racionalizar el gasto, los procesos, la gestión y el mapa de la cosa pública, y dentro de esta, lo concerniente al ámbito municipal. Cada día son más las voces que reclaman una revisión del vigente modelo municipal y del número de municipios existente en nuestro país. Con este objetivo, se desarrolla un breve análisis comparado de los siguientes países: Grecia, Francia, Portugal y Finlandia, para posteriormente entrar a analizar la realidad actual catalana.

En este trabajo se postula la no desaparición de los municipios y la creación de áreas básicas administrativas, gestadas con criterios de proximidad, movilidad y accesibilidad, mancomunando los ayuntamientos de los pequeños municipios de un ámbito geográfico concreto y determinado, a imagen de las áreas básicas territoriales que establece la Ley 1/1995 PTGC.

Palabras clave: ABA (Área Básica Administrativa); ABT (Área Básica Territorial); municipio; modelo municipal; reducción Administraciones; eficacia; agrupación (de municipios).

Abstract

The current deep crisis has shown the necessity to review and rationalize costs, processes, management and the structure of public affairs including local entities. Every day, opinions are launched to encourage the review of current local authorities model and the number of cities, towns and villages that nowadays exist. With this aim, this article carries out a comparative analysis taking into account the following countries: Greece, France, Portugal and Finland. Then, the article analyzes the current reality of Catalonia.

This article defends the no abolition of cities, towns or villages and the creation of "Administrative Basic Areas" based on subsidiarity, mobility and accessibility criteria. These structures would be possible through the union of small local entities in a specific geographical area like the "Territorial Basic Areas" established in Law 1/1995 PTGC.

Keywords: ABA (Administrative Basic Area); TBA (Territorial Basic Area); local entities; local entities model; administrative rationalization; efficiency; local entities union.

1. Introducción

Uno de los asuntos que, tarde o temprano, entrará a formar parte de la agenda política del Gobierno del Reino de España, sea del signo político que sea, es la ineludible reducción del número de municipios. Esta reducción puede realizarse siguiendo el modelo griego: ningún municipio por debajo de los diez mil habitantes; o bien mediante un razonable y necesario replanteamiento sobre el uso y utilización de los recursos económicos y humanos en la Administración local.

Nos atreveríamos a decir que una de las pocas virtudes de esta profunda crisis económica existente en el primer mundo, es que se ha puesto sobre la mesa la necesidad de racionalizar el gasto, los procesos, la gestión y el mapa de la cosa pública, y dentro de la cosa pública: el ámbito municipal, que trataremos en el presente trabajo. Se ha visto explícitamente en Grecia y es objeto de discusión en Francia, Portugal, Finlandia... y también en nuestro país, bien sea en el marco del Estado, bien en el contexto catalán. Cada día son más las voces, tanto de todo el abanico ideológico, como de los distintos sectores sociales y económicos, que reclaman, cuando menos, un replanteamiento del mapa municipal –debate que también está abierto, casi de

forma permanente, en gran parte de Europa–, con una revisión del marco competencial y un sistema de financiación adecuado, sostenible y racional.

Pero, antes de entrar en materia, considero necesario puntualizar –con objeto de evitar malentendidos y alejar cualquier susceptibilidad– que el presente trabajo está pensado y centrado en la problemática, dificultades y disfunciones existentes en Cataluña, y, por lo tanto, elaborado para ser aplicado en el ámbito geográfico de esta Comunidad Autónoma, por las razones siguientes:

1. Es donde he desarrollado toda mi vida profesional –más de treinta años al servicio de los entes locales–, y, por lo tanto, conozco su problemática, casuística, peculiaridades, defectos y virtudes. Por el mismo motivo, me considero con suficiente capacidad y autoridad para aportar mi granito de arena a una solución pragmática y plausible al problema.

2. Al margen de la normativa estatal en la materia, la normativa propia de Cataluña¹ da suficiente juego como para emprender el diseño de una solución *ad hoc*, más allá de que esta pueda ser exportable y útil –con las adaptaciones correspondientes a las diversas realidades geográficas sociales y culturales, de cada una de las regiones y nacionalidades del Estado, que

1. El marco legislativo propio en el que se ampara el modelo territorial en Cataluña, es el siguiente: Estatuto de Autonomía de Cataluña, Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña; Decreto legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de organización comarcal de Cataluña; Ley 1/1995, de 16 de marzo, por la que se aprueba el Plan Territorial General de Cataluña; Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña; Decreto 244/2007, de 6 de noviembre, por el que se regula la constitución y la demarcación territorial de los municipios, de las entidades municipales descentralizadas y de las mancomunidades de Cataluña.

se consideren adecuadas y oportunas– a otras comunidades autónomas. En este sentido, no debe ignorarse que la definición del modelo territorial corresponde a las respectivas comunidades autónomas.

Naturalmente, el diagnóstico, tratamiento y conclusiones que se obtengan en el presente documento, probablemente, pueden ser aplicables y extrapolables a las otras realidades existentes dentro del Estado español. Aun así, sería una temeridad por parte de quien firma este estudio, el adentrarse en este terreno, y por eso se considera que esta tarea debe ir a cargo de tantos otros conocedores de sus respectivas realidades.

Por otro lado, antes de profundizar en el trabajo, y para ilustrar gráficamente lo que se pretende poner de manifiesto en el presente documento y hacer más comprensible el objeto de este estudio, elaboraremos un cuadro con dieciocho Estados de la Unión Europea –incardinando Cataluña, y descontando de los datos correspondientes a España la cifra de la población y el número de municipios de Cataluña–, con los datos del número de municipios en relación a la población de cada país. Así pues, si fotografiamos esta realidad europea en materia de mapa municipal, obtenemos una tabla con los resultados siguientes:

	Ayuntamientos	Habitantes	Número de ayuntamientos por millón de habitantes
Reino Unido	477	61 millones	7,8
Dinamarca	98	5,4 millones	18,1
Irlanda	88	4,5 millones	19,5
Portugal	308	11,3 millones	27,3
Países Bajos	467	16,6 millones	28,1
Chipre	33	1,1 millones	30
Suecia	290	9,3 millones	31,2
Grecia	370	10,7 millones	34,6
Bélgica	589	10,6 millones	55,6
Finlandia	342	5,3 millones	64,5
Cataluña	946	7,5 millones	126,1
Italia	8.101	60 millones	135
Media europea			152,1
Malta	68	0,4 millones	170
España (sin Cataluña)	7.166 (8.112 – 946)	38,7 millones (46,2 – 7,5)	185,1 (175,6)
Letonia	503	2,3 millones	218,7
Luxemburgo	116	0,5 millones	232
Hungría	3.100	10 millones	310
Francia	36.782	64,5 millones	570,3
República Checa	6.240	10,4 millones	600

Analizando el resultado del cuadro, observamos que, a pesar de todo, Cataluña tiene una ratio de municipios por millón de habitantes inferior a la media europea, mientras que en España la ratio es superior. Sin embargo, también podemos observar en la tabla que hay tres países: Hungría, Francia y República Checa,

que claramente distorsionan el resultado de la media. Por otra parte, de los resultados de la tabla se deduce, de forma muy evidente, que en todos aquellos Estados que han ejecutado algún plan de reducción de entes locales, su ratio está sensiblemente por debajo de los 100 municipios por millón de habitantes.

Justo es decir que este tema de la reducción de municipios no es una cuestión que sea nueva en nuestro país, bien al contrario, si nos fijamos en el texto siguiente: "... el actual modelo de organización territorial de Cataluña presenta problemas importantes, que tienen consecuencias negativas para la ciudadanía. Una profusión de instancias administrativas que provoca una escasa racionalidad del modelo; un minifundismo municipal que no encuentra en las instancias comarcales una herramienta bastante adecuada de corrección; una delimitación provincial cuestionada que genera una confusión de ámbitos de actuación del Estado y de la Generalitat, que no es idónea y que da una enorme complejidad a la organización territorial del país". Este texto es como empieza el apartado 3 del Preámbulo del Informe sobre la revisión del modelo de organización territorial de Cataluña, elaborado por la Comisión de Expertos creada por acuerdo del Gobierno de la Generalitat de 3 de abril de 2000, a instancia de los diferentes grupos del Parlamento de Cataluña, más conocido popularmente como Informe Roca.² Sin embargo, este Informe se guardó en el cajón y la situación continúa igual. No defenderemos en este trabajo el Informe de manera íntegra, y, en concreto, no defenderemos la supresión de municipios, pero sí el fondo que contiene, en el sentido de "fusionar" Administraciones, puesto que una cosa me atrevo a afirmar con rotundidad: esta situación actual es absolutamente insostenible.

Aun así, este no es un problema exclusivamente de este país, puesto que en nuestro entorno de referencia, la Unión Europea, también encontramos Estados que todavía adolecen de una enorme fragmentación municipal, con una cantidad significativa de micromunicipios –Francia tiene 36.782 municipios–, otros Estados que ya hace años procedieron a la agrupación de municipios, y otros, como Grecia –que acaba de efectuar una drástica modificación de su modelo territorial y municipal–, que apenas están en fase de realización. Por este motivo, y para poder enmarcar de forma comparada este trabajo, haremos un somero análisis de los Estados siguientes: Grecia, Francia, Portugal y Finlandia.

2. Breve análisis comparado

2.1. Grecia

Grecia, presionada por la crisis –y por la Unión Europea–, se vio obligada a reducir por Ley el número de municipios, pasando de 1.034 antes de la reforma, a tener 370. Con esta trascendental decisión Grecia pasa de una ratio de 96,6 municipios cada millón de habitantes –observamos que a pesar de todo se trataba de una ratio inferior a la que tiene ahora mismo Cataluña (126,1)–, a una ratio actual de 33,6 municipios cada millón de habitantes. Efectivamente, en el Consejo de Ministros griego de 10 de enero de 2010, se propuso un cambio de modelo que posteriormente se concretó mediante la Ley 3852/2010, de 3 de junio, publicada el 7 de junio de 2007 en el Boletín Oficial. Se denominó "Plan Kallikrates", Plan que prevé una reorganización territorial, con una impresionante reducción del número de municipios y, en consecuencia, también, de personal al servicio de los entes locales.

Hasta el establecimiento del Plan Kallikrates, el Estado griego se dividía en 13 regiones, *periferiarquies*, subdivididas en 51 jefaturas, *nomos*, que, a su vez, se dividían en 147 provincias, *eparquies*. En el año 1997, Grecia ya llevó a cabo una reforma del mapa municipal, reduciendo mucho el número de entes locales. Hasta el establecimiento del Plan, la estructura administrativa local estaba compuesta por dos tipos de entidades según la población censada: por un lado existían los *demos*, ciudades de más de 10.000 habitantes: un total de 228; y por otro, las *comunes* o comunidades, poblaciones de entre 300 y 10.000 habitantes: había 806.

El Plan Kallikrates ha significado la reducción de 1.034 entidades locales, dejándolas en solo 370 municipios –"fuertes y efectivos", según su declaración de intenciones–, tomando como referencia el modelo escandinavo de grandes municipios, así como una sensible reducción de cargos políticos y de personal. El Plan ha establecido la creación de dos grandes regiones metropolitanas: Atenas y Salónica.

2. A instancia del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, los diferentes grupos parlamentarios del Parlamento de Cataluña acordaron crear una Comisión de Expertos para estudiar y elaborar un Informe que permitiera revisar el modelo de organización territorial de Cataluña, con el objetivo de que posteriormente se emprendieran las iniciativas legislativas adecuadas.

El 3 de abril de 2000, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña acordó la creación de la citada Comisión de Expertos, integrada por las personas siguientes: presidente, Miquel Roca i Junyent; vocales: Jordi Bonet i Agustí, abogado; Jesús Burgueño i Rivero, geógrafo; Robert Casadevall i Camps, geógrafo; Tomàs Font i Llovet, catedrático de Derecho Administrativo; Josep M. Franquet i Bernis, ingeniero agrónomo; Enric Lluch i Martín, geógrafo; Xavier Rubio i Cano, geógrafo i demógrafo.

A escala supramunicipal, el recorte ha sido tanto o más drástico que a escala municipal: se han eliminado de forma fulminante los 51 *nomos*, jefaturas, y las 147 *eparquies*, con un alcance geográfico similar a las provincias. Entre el Estado y los municipios ahora solo han quedado 13 regiones, *periferiarquies*, con presidentes escogidos y competencias descentralizadas más amplias, en paralelo a las 7 demarcaciones territoriales de la Administración del Estado para el ejercicio de competencias estatales.

2.2. Francia

En Francia, como ya se ha citado anteriormente, actualmente hay 36.782 municipios. Por lo que se refiere a este país, desde hace más de treinta años hay voces reclamando la fusión de los municipios. Aun así, el Parlamento francés no ha tomado nunca ninguna iniciativa en el sentido de legislar obligando a los municipios a la fusión. En 1971 la Ley Marcellin ofrecía una asistencia y una ayuda financiera para facilitar y promover que los municipios procedieran a agruparse libremente. Solo 1.300 municipios aceptaron disolverse dentro de otras entidades más grandes. Es por ello que los partidarios de reagrupar municipios alertan de la fragilidad de los municipios franceses en relación a sus homólogos del resto de Europa.

Recientemente, la Asamblea Nacional Francesa aprobó el proyecto de ley de reforma territorial, basado en el Informe Balladur e impulsado por el presidente Sarkozy y su Gobierno del primer ministro Fillon, Ley 2010/1563, de 16 de diciembre, de reforma de las colectividades territoriales (*Journal Officiel* de 17 de diciembre de 2010). Esta reforma, sin embargo, responde más a una reducción de cargos que a la reducción de municipios. Esta reforma significaría reducir los aproximadamente 6.000 consejeros territoriales actuales, dejándolos en un número aproximado de entre 3.700 y 3.800.

Esta reforma conlleva también el establecimiento de políticas que fomenten la *intercommunalité*,³ con la creación de unas nuevas figuras: las *métropoles* y la *communauté d'agglomération*. Las *métropoles* consisten en la constitución de unos entes supramunicipales –lo que podríamos llamar áreas metropolitanas– alrededor de las grandes capitales, configurando unos entes con una población mínima de 450.000 habitantes. Por su parte, la *communauté d'agglomération* es un ente supramunicipal con una población a partir de 50.000 habitantes, o de 30.000 si comprende la capital del Departamento. Sin embargo, en ningún caso Francia se plantea reducción alguna de municipios, sino solo simplificar los procesos de *intercommunalité*, con el objetivo de reforzar su estructura y fomentar su implantación.

2.3. Portugal y el modelo portugués

Portugal también ha abierto el debate de la reforma de los entes locales, curiosamente a pesar de un modelo municipal basado en un conjunto de pequeñas –y no tan pequeñas– parroquias que conforman los municipios portugueses. Efectivamente, a primeros del pasado diciembre de 2010, a través del secretario de Estado de Administración local, se anunció públicamente la constitución de una “plataforma de diálogo”, con el objetivo de plantear y elaborar propuestas sobre la reorganización y/o redimensionamiento del actual modelo y mapa de municipios y *freguesias*.⁴ En esta plataforma participarán la *Associação Nacional de Freguesias* (ANAFRE) y la *Associação Nacional de Municípios Portugueses* (ANMP). Es justo comentar que los primeros posicionamientos que se han adoptado muestran una predisposición favorable a una reducción, racional y necesaria, tanto por parte de los especialistas en Administración local, como de los actores directamente implicados.

3. En relación con el presente trabajo, nos quedaremos con la idea de la intercomunalidad. En Francia el principio de intercomunalidad permite a los municipios poder agruparse en el seno de otro ente público –tipo mancomunidad de municipios–, facilitando así su colaboración mutua. Mediante la intercomunalidad, se ha podido paliar parte de las dificultades que comporta la fragmentación municipal, puesto que los municipios se han podido agrupar para la prestación de servicios y también en materia de infraestructuras comunes (educación, sanidad, abastecimiento de agua, vías públicas, etc.). Esta fórmula institucional ha contribuido a una mejor organización de los servicios públicos.

Podemos encontrar en la intercomunalidad la fórmula alternativa y sustitutiva de la fusión de municipios, puesto que por un lado los municipios no desaparecen, y por otro actúan al cobijo de un ente supramunicipal que garantiza una Administración eficaz y unos servicios públicos adecuados.

4. La *freguesia* es la parroquia en lengua portuguesa. La *freguesia* es un ente local inferior al municipio.

Portugal es un país cuyo modelo interesa para la elaboración de este trabajo, no tanto por su sistema de gestión administrativa, sino por su modelo territorial local, dado que, por un lado, se rige por un patrón de organización administrativa que proviene de una antigua tradición histórica, y, por otro, por un respeto a la realidad territorial mediante un interesante equilibrio entre lo que, en nuestro lenguaje administrativo, llamaríamos municipios y entidades locales menores. Este modelo de organización territorial está basado en las *freguesias* y municipios. El marco jurídico que regula su organización, es la Ley 169/1999,⁵ de 18 de septiembre, "Entidades locales. Competencias y régimen jurídico". Según la propia definición portuguesa del concepto de *freguesia*, se trata de un ente territorial relativamente autónomo del municipio, que dispone de órganos de gobierno propios y competencias propias. El conjunto de *freguesias* es el que conforma el municipio.

La composición orgánica de la *freguesia* está formada por la *assembleia de freguesia*, que es el órgano colegiado deliberante; la *junta de freguesia*, que es el órgano ejecutivo; el presidente de la *assembleia de freguesia* –que sería el equivalente al alcalde–, cargo que preceptivamente corresponde al presidente de la *mesa da assembleia de freguesia*; y el presidente de la *junta de freguesia*, que preceptivamente tiene que ser el líder de la lista más votada en las elecciones locales, y que no necesariamente coincide con la misma persona que ocupa el cargo de presidente de la *assembleia de freguesia*.

La *assembleia de freguesia*, que como se ha citado, es el órgano deliberante de la parroquia, está compuesto por miembros elegidos mediante sufragio universal directo, por un periodo de cuatro años, a través del sistema electoral proporcional. El número de miembros electos que compone la *freguesia* varía en función del número de habitantes, con un mínimo de 7 y un máximo en función del número de habitantes.⁶ En las *freguesias* con un número inferior a 150 electores, la *assembleia de freguesia* es sustituida por el *plánari dos cidadãos eleitores*, institución equivalente a nuestro Concejo Abierto.

En cuanto a los municipios, los órganos municipales son la *assembleia municipal*, que es el órgano colegiado deliberante del municipio; el *presidente da assembleia municipal*, que es quien ejerce la representación municipal; la *câmara municipal*, que es el órgano colegiado ejecutivo del municipio; y el *presidente da câmara municipal*, que es el cabeza de lista más votado en los comicios municipales.

La *assembleia municipal* está constituida por los presidentes de las *freguesias* del municipio y por un número de miembros electos mediante sufragio universal, por un periodo de cuatro años, que en ningún caso puede ser inferior al triple de miembros de su *câmara municipal*. Se trata de una asamblea deliberante que también supervisa las actividades de la *câmara* en tanto que órgano ejecutivo.

Por su parte, la *câmara municipal* es el consejo ejecutivo del municipio, y está formada por un presidente y por *vereadores* (concejales), elegidos por cuatro años, intermediado sufragio universal directo. Los miembros del ejecutivo, tienen derecho de voz pero no de voto en la asamblea.

2.4. Finlandia

Actualmente en Finlandia⁷ la ratio es de 64,5 municipios por cada millón de habitantes. Aun así, el Gobierno del Estado tiene establecida una política destinada a fomentar la agrupación, unificación y fusión de municipios, con el objetivo de que los entes locales resultantes sean de unas dimensiones adecuadas, que les permitan hacer frente a las exigencias de la sociedad del siglo XXI, con la capacidad y recursos suficientes y necesarios. En Finlandia no hay un límite de población para poder ser un municipio; aun así, hay un consenso generalizado en considerar que un municipio, en Finlandia, no es viable si no cuenta con un mínimo de población de veinte mil habitantes. Esto es así porque el nivel de competencias de los entes locales fineses, como por ejemplo la sanidad y la educación, hace inviable que los municipios puedan prestar estos servicios con una población inferior. En

5. Ley actualizada mediante la Ley 5-A/2002, de 11 de enero; Rect. 4/2002, de 6 de febrero; Rect. 9/2002, de 5 de marzo; y Ley 67/2007, de 31 de diciembre.

6. Más de 20.000 habitantes: 19 miembros electos. Cuando el número de electores de la *freguesia* supera los 30.000, se escogerá un miembro electo más por cada fracción de 10.000 electores más, con el añadido de que si el resultado obtenido es par, se incrementará en un miembro más, puesto que el número de miembros electos siempre ha de resultar impar.

7. *Kuntalaki* (Ley de Gobierno local) 17.3.1995/365, así como sus posteriores modificaciones.

este sentido, hay que destacar que gozan de competencias en los servicios siguientes: salud (asistencia primaria); servicios sociales; educación preescolar, primaria, secundaria, formación profesional, educación de adultos, bibliotecas; cultura, ocio y deporte; ordenación del territorio y planificación urbanística; mantenimiento de infraestructuras, técnicas y de medio ambiente (vías públicas, gestión de la energía, recursos hídricos, tratamiento y gestión de residuos, puertos y transportes públicos).

En Finlandia, no hay entidades locales menores, a pesar del gran número de pequeñas localidades que componen algunos de los municipios finlandeses; no es una figura que contemple el ordenamiento jurídico local. Aun así, los entes locales que agrupan varias poblaciones, tienen distribuidas por su territorio, en aquellas entidades de población más significativa, varias oficinas de atención al ciudadano, que actúan de oficina administrativa municipal local, como medida de proximidad de la Administración a sus administrados.

En cuanto a los niveles intermedio y regional, Finlandia tiene una organización territorial basada en los *maakuntien liitto*, cuya traducción sería: consejos regionales; hay veinte, y corresponden a lo que en nuestro modelo de división territorial equivaldría a las provincias, a pesar de que se trata de unos entes eminentemente de cariz administrativo. Estas veinte provincias (o regiones en el modelo finés) forman 6 regiones que en la lengua suomi se denominan *läänit* (cuya traducción literal sería la de provincia).⁸

3. La situación actual en Cataluña

En Cataluña hay 946 ayuntamientos y una población de 7,5 millones de habitantes. La ratio que le

corresponde es de 126,1 municipios cada millón de habitantes. Sin embargo, afinando mucho más y de acuerdo con los datos de la estadística de población de Cataluña, observamos que 478 municipios, es decir el 50,52%, están por debajo de los 1.000 habitantes –de los cuales 177, un 18,7% del total de los municipios de Cataluña, tienen una población inferior a los 250 habitantes, y, de estos, 23 no llegan a los 100–. Solo 60 municipios, es decir, el 6,3% de los municipios catalanes, están por encima de los 20.000 habitantes. Evidentemente, si el objetivo que se persigue por mandato estatutario es una buena Administración, y por mandato constitucional eficiencia y eficacia, con este modelo territorial es algo manifiestamente imposible.

A la hora de definir qué es un municipio pequeño, tenemos que acudir al artículo 67 del Decreto legislativo 2/2003, texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, cuando hace una distinción entre los municipios con población inferior a cinco mil habitantes –al establecer los servicios mínimos obligatorios en todos los municipios–, y los de población superior a cinco mil. También el Real decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional,⁹ en su artículo 2.c) establece que las secretarías de clase tercera, actualmente Secretaría-Intervención, están destinadas a los ayuntamientos de población inferior a 5.000 habitantes. Vemos pues, cómo la propia legislación considera municipios pequeños –o para decirlo de otra forma, los municipios que ocupan la escala más baja en la dimensión poblacional– los que no llegan a 5.000 habitantes. Al mismo tiempo, dentro de esta franja, la normativa todavía hace dos distinciones más: aquellos que fun-

8. Esta significación semántica inversa de nombres y contenido –tanto en este punto como en otros de la realidad del modelo administrativo y político suomi–, ha dado lugar a confusiones en la traducción de los textos fineses, lo que ha inducido a errores en el contenido de la información sobre este país existente en los diversos organismos europeos.

9. La Disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cambia la denominación de “habilitados nacionales” por la de “habilitados estatales”.

10. El Concejo Abierto está regulado en el artículo 73 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña. En estos municipios, el Gobierno y la Administración corresponden a un alcalde o alcaldesa elegido de acuerdo con lo que dispone la legislación electoral, y un Consejo General formado por todos los electores. El alcalde o alcaldesa tiene que designar una Comisión integrada por un mínimo de dos y un máximo de cuatro vocales, que le tienen que asistir en el ejercicio de sus funciones y le tienen que sustituir, por orden de designación, en caso de ausencia o enfermedad. Corresponde al alcalde o alcaldesa representar y administrar el municipio y ejecutar los acuerdos adoptados por el Consejo General. En defecto de uso, costumbre o tradición local, el Consejo General se tiene que reunir como mínimo cada tres meses, y cuando lo decide el alcalde o alcaldesa o lo solicita la cuarta parte, como mínimo, de los vecinos, para tratar de todos los asuntos de interés del municipio. Es aplicable supletoriamente, en todo caso, el régimen general de funcionamiento establecido para el pleno por la legislación de régimen local.

cionan en régimen de Concejo Abierto,¹⁰ es decir, se elige un alcalde por sufragio universal, y el resto de los habitantes del municipio integran la asamblea vecinal; y los municipios de hasta 100 habitantes y los de 101 hasta 250 habitantes,¹¹ que también gozan de una consideración diferente, puesto que el sistema electoral que se les aplica es el de listas abiertas, donde el ciudadano puede votar: hasta dos candidatos en los municipios de hasta 100 habitantes, y hasta cuatro candidatos en los municipios de 101 a 250 habitantes, de los electores pasivos que considere más aptos, de entre los que se han presentado al proceso electoral.

Formulado el marco dimensional de lo que es un municipio pequeño, hace falta ahora situar el contexto operacional, y afirmar categóricamente que un Ayuntamiento de un municipio pequeño no puede cumplir las exigencias de capacidad necesarias para gestionar y representar los intereses del conjunto de habitantes de su municipio, tal como establece la propia Ley cuando se refiere al principio de autonomía municipal, así como el principio de subsidiariedad que proclama la Carta Europea de la Autonomía Local. En este punto tomamos prestadas las palabras de José Luis Blasco Díaz en la introducción del libro *L'empament constitucional del principi d'autonomia local*,¹² donde nos dice: "... la autonomía local no puede quedar anclada en conceptos que se asentaron hace lustros, sino que necesita también evolucionar al mismo ritmo que los otros centros de poder territorial. Así, hace años que desde varias instancias se exige un papel con más presencia de las entidades

locales en la toma de decisiones políticas, con la actualización del régimen local vigente". Sin embargo, resulta difícil pensar en un papel con más presencia de las entidades locales de municipios pequeños en la toma de decisiones políticas.

El Ayuntamiento de un municipio pequeño, no puede ofrecer, nunca, el mismo nivel de seguridad jurídica y administrativa que sus homólogos de dimensiones superiores. La mayoría de ayuntamientos de municipios pequeños no pueden mantener la figura del secretario por sí solos, y lo han de compartir con otros; ni disponer de un equipo humano con capacidad de resolución y ejecución; no pueden sostener un equipo técnico (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero, etc.) adecuado a las necesidades y exigencias del día a día. Prácticamente ningún Ayuntamiento de un municipio pequeño puede garantizar y dar la respuesta adecuada a las exigencias que las leyes básicas y esenciales de aplicación en la Administración local requieren. Un Ayuntamiento de un municipio pequeño, no puede atender adecuadamente las obligaciones y disposiciones legales y jurídicas, como tampoco se puede dotar de las inversiones indispensables, ni disponer de los servicios adecuados –muchas veces ni los mínimos que exige el artículo 67 en su apartado a)¹³ del Decreto legislativo 2/2003, TRLMRLC– a las necesidades de sus ciudadanos. ¿Tiene sentido mantener este modelo insostenible? Personalmente afirmo, taxativa y rotundamente, que no.

Precisamente es en este aspecto de la búsqueda de la "buena administración", que instituye el Estatuto

11. Los municipios con una población de hasta 100 habitantes y los de 101 hasta 250 habitantes, se regulan mediante los artículos 179 y 184 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, recientemente modificada por la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero. En estos municipios, cada partido, federación y/o agrupación electoral o coalición electoral, puede presentar una lista con un máximo de tres nombres, en los municipios de hasta 100 habitantes, y de cinco nombres, en los municipios de entre 101 y 250 habitantes. Por su parte, cada elector puede dar su voto a un máximo de dos entre los candidatos proclamados en el distrito en caso de municipios de hasta 100 residentes, o a un máximo de cuatro en los municipios de entre 101 y 250 residentes de entre los que la Junta Electoral ha proclamado como válidos. Se proclamarán electos tres candidatos en los municipios de hasta 100 habitantes, y cinco candidatos en los municipios de 101 a 250 habitantes, que hayan obtenido un mayor número de votos. En caso de empate se resuelve mediante sorteo. En caso de que en el decurso de la legislatura se produjera un deceso, incapacidad o renuncia de un concejal, la vacante se atribuirá al candidato siguiente que haya obtenido más votos.

12. BLASCO DIAZ, JOSÉ LUÍS, FABRA VALLS, Modesto, OLLER RUBERT, Marta, *L'empament constitucional del principi d'autonomia local*, Col·lecció Estudis Locals, Associació Catalana de Municipis, Càtedra Prat de la Riba d'Estudis Jurídics Locals, Barcelona, 2010.

13. El artículo 67.a) del Decreto legislativo 2/2003 establece cuáles son los servicios mínimos, y cita textualmente que "Los municipios, independientemente o asociados, deben de prestar, como mínimo, los servicios siguientes:

"a) En todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de basuras, limpieza viaria, suministro domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación y conservación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas."

de Autonomía,¹⁴ y que explícitamente desarrolla –citando cuáles son los derechos que incluye el concepto de “buena administración”– la Ley 26/2010,¹⁵ de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, así como en el cumplimiento del mandato de promover una Administración Pública ágil, eficaz y eficiente, que establece como finalidad expresa el artículo 2 de la ya citada Ley 26/2010, RJPAPC, y en el cumplimiento de los principios constitucionales de legalidad y eficacia, en donde hay que centrar esta parte del trabajo. El artículo 14 de la Constitución española establece que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer ninguna discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, pues bien, es evidente que hay una circunstancia social –la insostenible e irracional dimensión de los pequeños municipios– que hace que en la práctica se produzca una discriminación en cuanto a la igualdad para disfrutar del derecho a acceder, disponer y utilizar el mismo nivel de servicios que los ciudadanos que viven en municipios medianos y grandes.

La modernización de la cosa pública en los ayuntamientos de los pequeños municipios, pasa, ineludiblemente, por garantizar la seguridad jurídica y la eficacia, eficiencia y agilidad de su Administración, sin embargo la realidad es muy diferente. Ningún Ayuntamiento con un/a secretario/a compartido/a con otros ayuntamientos –situación muy habitual y frecuente en la mayoría de entes locales de los pequeños municipios de nuestro país–, y por lo tanto trabajando a tiempo parcial uno, dos o tres días a la semana, y un/a administrativo/va (en algunos casos, ni esto), puede garantizar y dar la respuesta adecuada a las exigencias de la buena administración, asegurando la aplicación de las leyes básicas y esenciales de nuestro ordenamien-

to jurídico inherentes a la Administración local, como son: la legislación del procedimiento administrativo, la Ley de Haciendas locales, la Ley de contratos del sector público, las leyes de régimen local, la legislación urbanística, el Reglamento de obras, actividades y servicios o el Reglamento del patrimonio, por citar las más importantes. Dicho de otra forma: los ayuntamientos de los pequeños municipios están condenados a trabajar en unas condiciones muy deficientes, con muy poca capacidad de maniobra en cuanto a una tramitación cuidadosa de los diversos expedientes que conforman la actividad ordinaria de la gestión administrativa, y casi siempre con unos recursos, humanos y económicos, sensiblemente insuficientes en contraposición a lo que debería ser en un modelo óptimo de gestión y funcionamiento de la cosa pública.

Con muchas probabilidades, difícilmente encontraríamos un Ayuntamiento de municipio pequeño en condiciones de soportar una auditoría, administrativa y contable, sin tener que hacer frente a un cúmulo de incorrecciones, irregularidades, defectos de forma y vicios de procedimiento e, incluso, ilegalidades debidas a la imposibilidad material de cumplir cuidadosamente con el procedimiento establecido, no por desidia ni por mala fe, simplemente por la dificultad empírica de ejecutar y aplicar estrictamente la compleja y abundante tramitación burocrática, de acuerdo con la legislación vigente, en cada caso.

Aun así, esta dificultad manifiesta de dar cumplimiento a los principios constitucionales mencionados, de legalidad y eficacia, no exime a sus actores de ninguna de las responsabilidades inherentes que comportan. No se puede perder de vista y, por lo tanto, hay que tener muy presente, que tanto el personal como las autoridades al servicio de la Administración Pública, responden, con su patrimonio personal, ante las responsabilidades contraídas, de acuerdo con lo que dis-

14. El artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, lleva como título: “Derechos de acceso a los servicios públicos y a una buena administración”.

15. El artículo 22, “Derecho a una buena administración”, de la Ley 26/2010, desarrolla el concepto de buena administración, y establece e incluye los siguientes requisitos: el derecho a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida; el derecho a participar en la toma de decisiones, y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, de acuerdo con lo que establece la normativa aplicable; el derecho a que las decisiones de las Administraciones Públicas estén motivadas, en los supuestos establecidos legalmente, con una referencia sucinta a los hechos y a los fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas aplicables y con la indicación del régimen de recursos que corresponda; el derecho a obtener una resolución expresa y que se les notifique dentro del plazo legalmente establecido; el derecho a no aportar los datos o los documentos que estén en poder de las Administraciones Públicas o de los que estas puedan disponer; el derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en que son personas interesadas.

pone el artículo 145¹⁶ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, adaptada a la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Por este motivo, se producen casos en los que autoridades municipales y funcionarios han sido llevados ante los juzgados correspondientes por asuntos donde, sin haber habido ningún tipo de intencionalidad, se ha incurrido en episodios de vulneración normativa, infracciones y/o incluso delitos que han ocasionado más de un susto y quebradero de cabeza a los afectados. Cada vez es más complicado respetar escrupulosamente el ordenamiento jurídico vigente, y a esta realidad hay que añadir, al mismo tiempo, que el ciudadano cada día está más habituado a exigir y a llevar a los tribunales la defensa de sus legítimos intereses.

En los pequeños municipios se añade otro factor negativo que afecta y es determinante en el desarrollo de la política municipal: la excesiva proximidad entre sociedad, actores administrativos y actores políticos. Es un terreno abonado a los conflictos y confrontaciones personales y familiares, endémicos y ancestrales, provenientes del pasado (más cercano o más lejano), antagonismos irreconciliables que se llevan al terreno político municipal, y que, con su influencia y la presión de unos actores sobre los otros, hacen imposible una gestión de la cosa pública con rigor, eficiencia y eficacia.

En estos municipios, la adscripción política, a menudo, no responde a parámetros ideológicos, sino a nexos familiares y/o de grupos sociales, y el hecho de intervenir en la cosa pública, responde a la voluntad, muchas veces incluso confesada, de “defender”, preservar y/o proteger unos intereses concretos, y de buscar un campo de batalla apropiado –¡el Ayuntamiento!– para dar salida a estas luchas. En municipios

con un número reducido de vecinos, es prácticamente imposible tomar decisiones al margen de las presiones de todas partes. La proximidad es excesiva, y el nivel de “conocimiento/confianza” hace muy difícil una acción de gobierno responsable, racional, justa y ecuánime.

Para acabar este capítulo, citar lo que dice al apartado de propuestas del Capítulo V del *Libro Blanco para la reforma del Gobierno local*:¹⁷ “El sistema tradicional de gobierno local que se desprende de la LBRL de 1985 tiene difícil encaje en modelos de sociedad en constante transformación que exigen sistemas más ágiles de gobierno y con una nítida distribución de responsabilidades.”

4. ¡No a la desaparición de municipios!; ¡sí a la reducción de Administraciones! ABA

4.1. No a la desaparición de municipios

Ya hemos dicho que el Plan Roca trató esta cuestión hace once años. Sin embargo, este Informe sobre la revisión del modelo de organización territorial de Cataluña fracasó por haber propuesto la desaparición de municipios. Efectivamente, planteó abiertamente la supresión de los municipios de menos de 250 habitantes –es decir, 2 de cada 10 municipios catalanes– y estableció un umbral de mil habitantes en la agregación de municipios en la gran mayoría del país y de quinientos en la alta montaña. Esto generó un rechazo frontal y unánime de los pequeños municipios. En este trabajo no se propone suprimir municipios, sino reducir Administraciones, y es aquí donde nos fijaremos en los modelos comparados, acudiendo: al modelo portugués en cuanto a sus entidades locales menores (*freguesias*), al modelo francés en aquello que se refiere a

16. “Artículo 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

“1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

“2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

“Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: El resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

“3. Asimismo, podrá la Administración instruir igual procedimiento a las Autoridades y demás personal a su servicio por los daños o perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave.”

17. MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Libro Blanco para la reforma del Gobierno local*.

la intercomunalidad, y al modelo finés en cuanto a las oficinas de atención al ciudadano que actúan de oficina administrativa municipal local.

En Grecia, forzada también por la UE, nadie tuvo tiempo de quejarse; la grave situación económica –muy viva y visible como estamos viendo actualmente– les obligó a tomar esta medida precipitada. En nuestro caso, la situación no es tan extrema –aparentemente– como para tener que apresurarse, pero está claro que, vistos los acontecimientos –y en consideración a los tambores de guerra que vienen sonando–, es necesario empezar a plantear soluciones. Por eso es conveniente irlo pensando, antes de que la coyuntura nacional y/o internacional nos obligue a tomar drásticas medidas de hoy para mañana, o se nos imponga la adopción de planteamientos legislativos para que, como en el caso de Grecia, ningún municipio pueda tener una dimensión de población inferior a los diez mil habitantes.

Por otro lado, conseguir que todos los habitantes de los municipios pequeños dispongan del mismo nivel de servicios que el resto, no necesariamente pasa, o tiene que pasar, por la eliminación fulminante del municipio y, consecuentemente, de las dependencias municipales. Es perfectamente posible plantear un modelo donde, sin que desaparezca el municipio, sea posible diseñar un sistema de gestión administrativa local que agrupe y centralice a la Administración y la toma de decisiones, de una forma muy parecida a lo que coloquialmente llamaríamos una fusión de ayuntamientos. No hay que perder de vista que el marco jurídico vigente en el Estado, en materia de régimen local, sitúa en sede de las comunidades autónomas la definición del respectivo modelo territorial correspondiente, y, en este sentido, es muy definitorio lo que dispone el Estatuto de Autonomía de Cataluña, Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, y en concreto su artículo 83.1, donde dice que Cataluña estructura su organización territorial básica en municipios y *vegueries*; y el apartado 3 del mismo artículo, dispone que los otros entes supramunicipales que cree la Generalitat se fundamentan en la voluntad de colaboración y asociación de los municipios.

El magistrado y secretario de Administración local en excedencia Jesús Mozo Amo, nos dice en el pró-

logo del libro *Problemas frecuentes en la Administración local*¹⁸ lo siguiente: “La problemática que plantea el pequeño municipio se consideró que debía de ser abordada y resuelta a nivel autonómico en cuanto que la Ley de bases del régimen local remite, en esencia, a la legislación autonómica no solo el establecimiento de regímenes organizativos especiales para este tipo de municipios sino también la aprobación, en algunos casos, y aplicación, en todos, de la legislación sobre alteración de términos municipales”. Estamos de acuerdo, pues, en que el ordenamiento vigente pone en manos de las comunidades autónomas y, por lo tanto, de la Generalitat de Cataluña, los instrumentos jurídicos suficientes como para emprender esta tarea capital.

En este trabajo, se propone una solución que, basándose en el vigente ordenamiento en régimen local, posibilitaría mancomunar los ayuntamientos de los pequeños municipios de un ámbito geográfico concreto y determinado, configurando lo que a partir de ahora llamaremos áreas básicas administrativas (ABA), a imagen de las áreas básicas territoriales –ABT¹⁹ que instituye la Ley 1/1995, de 16 de marzo, por la que se aprueba el Plan Territorial General de Cataluña. Se trataría de áreas gestadas con criterios de proximidad, movilidad y accesibilidad, por un lado, uniendo, concentrando y compartiendo energías y recursos (administrativos, técnicos, económicos y humanos), por el otro; y todo ello dentro de un marco orientado por los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y legalidad, así como por el derecho a una buena administración que establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

4.2. ABA. Áreas básicas administrativas

El modelo que se propone en el presente trabajo, consiste en el establecimiento reglado de unas áreas básicas administrativas (ABA), con el objetivo de garantizar una buena administración de la cosa pública municipal. Creando y centralizando una única Administración supramunicipal, compartida por todos los municipios integrantes del ABA, que sea competente, dinámica y profesional, con personal cualificado, preparado y

18. ARES FALCÓ, Patricia, ESCUDERO VILLAFILA, Reyes, HERNÁNDEZ HERRERA, Dolores, VÁZQUEZ NEGRO, Francisco Javier, *Problemas frecuentes en la Administración local. Recopilación de supuestos prácticos reales*, La Ley - El Consultor, Madrid, 2010.

19. Las áreas básicas territoriales (ABT) son divisiones administrativas territoriales constituidas por la agrupación de pequeños municipios como lindar mínimo de cobertura territorial para los equipamientos colectivos (salud, saneamiento, educación, deporte, etc.).

apropiado, capacitado para dar un servicio ágil, eficaz y con garantías, técnicas y jurídicas. Estas ABA pueden abarcar el ámbito territorial de lo que sería una mancomunidad, o bien de un consorcio, o de una agrupación de municipios, o de una subcomarca, o, incluso, de toda una comarca. En Cataluña hay supuestos como la comarca del Alta Ribagorça, con 4.375 habitantes, o la del Pallars Sobirà, con 7.625 habitantes, o bien otras como el Priorato, el Pallars Jussà, el Valle de Arán, etc., de aproximadamente unos diez o doce mil habitantes, que ya podrían constituir por sí solas un ABA. En todo caso, nunca un ente local debería sobrepasar el ámbito territorial de una comarca. La propuesta que se postula, en función de las características de cada área territorial, establece que para que pueda ser considerado un ente local con la capacidad necesaria y suficiente para poder gestionar adecuadamente los servicios y, en definitiva, para que sea operativa un ABA, es necesario que su población en ningún caso sea inferior a los 9.000/10.000²⁰ habitantes, salvo en aquellas excepciones, muy puntuales, que lo hagan materialmente imposible.

Por lo que se refiere al marco normativo que ampare jurídicamente la propuesta, la legislación vigente en materia de régimen local nos puede aportar las herramientas necesarias mediante figuras e instrumentos suficientes para poder encontrar las soluciones adecuadas.²¹ Sin embargo, la creación de áreas básicas

administrativas debería producirse por disposición normativa explícita *ad hoc*, siendo aconsejable, al mismo tiempo, conseguir el máximo consenso de los entes locales afectados y/o interesados y del municipalismo en general. La transformación del modelo debería ir acompañada, de forma paralela, de algún tipo de estímulo, mediante un catálogo de ayudas institucionales que incentiven y hagan atractiva la agrupación. En todo caso, bien es cierto que la legislación de régimen local ya permite la posibilidad de la dispensa en la prestación de servicios básicos que determina el ya citado artículo 67 del Decreto legislativo 2/2003 LMRLC, ello permitiría un vaciado²² de contenido en la obligación de prestación de servicios a los ayuntamientos de los municipios implicados, y la viabilidad, mediante un retoque normativo, de traspasarlos a las ABA.²³

Los municipios que formen un ABA, pasarían a tener la condición formal de entidad local menor o entidad local descentralizada, con características muy similares a las que ostentan actualmente estas entidades locales. Las dependencias municipales de estos municipios que integren un ABA, pasarían a ser oficinas consistoriales, como en el modelo finlandés, integrantes de la red administrativa del ABA correspondiente (de forma semejante a una agencia local de caja o banco) conectada telemáticamente con la sede del ABA, donde están centralizados todos los servicios administrativos, con los correspondientes profesionales y técnicos

20. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el presente trabajo no es, evidentemente, un documento de cariz económico, y que, en consecuencia, la cifra apuntada es, simplemente, orientativa, con la mirada puesta en lo que ha pasado en Grecia, por un lado, y desde un punto de vista estrictamente de experiencia personal, por otro. Probablemente, si este trabajo fuera el Informe de investigación para obtener el grado de doctor de un licenciado/graduado en economía, nos diría una cifra sensiblemente diferente, o no. No en balde, ya hemos visto que en Finlandia consideran que un municipio solo es económicamente sostenible, si tiene competencias en servicios sociales y salud, a partir de los veinte mil habitantes.

21. El artículo 13 del Decreto legislativo 2/2003, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, regula la agregación total o fusión de municipios; el Decreto 244/2007, por el que se regula la constitución y la demarcación territorial de los municipios, de las entidades municipales descentralizadas y de las mancomunidades de Cataluña, en los artículos 4 a 7 regula la fusión y agregación de municipios; los artículos 115 a 122 de la LMRLC, regulan las mancomunidades de municipios; los artículos 123 a 132, regulan la naturaleza, creación y legislación aplicable a las comunidades de municipios; el Decreto 244/2007, artículos 39 a 47, trata de las entidades municipales descentralizadas; los artículos 48 a 50 del mismo Decreto 244/2007, regulan las mancomunidades de municipios. Finalmente, las entidades municipales descentralizadas y entidades de ámbito territorial inferior al municipio, están reguladas en los artículos del 79 al 83 LMRLC. También hay que acudir a la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), y al Real decreto legislativo 781/1986, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (ROF).

22. El artículo 9.4 del Decreto legislativo 2/2003, determina que las competencias municipales pueden ser ejercidas por las comarcas y por las entidades metropolitanas en los supuestos y con los requisitos establecidos por las leyes. Asimismo, el artículo 68 del mismo Decreto legislativo 2/2003 abre la puerta a este vaciado, mediante la técnica de la dispensa de la prestación de servicios.

23. El artículo 68, puntos 1 y 2, de la LMRLC, podría quedar redactado de la forma siguiente: 68.1. Si el establecimiento o la prestación de servicios a que se refiere el artículo 67 resulta imposible o de muy difícil cumplimiento, *o bien se considera que deben ser prestados por un ABA*, los municipios pueden solicitar al Gobierno de la Generalitat la dispensa de la obligación de prestarlos y *la delegación de estas competencias al ABA*. 68.2. En este caso, corresponde *al ABA* o a la comarca prestar los servicios municipales obligatorios, de acuerdo con lo que dispone esta Ley (en cursiva es el texto que se añade).

necesarios. Los ciudadanos de cada uno de los municipios integrantes del ABA no se han de ver afectados por ninguna deficiencia, ni encontrar diferencia alguna en negativo, en relación con el servicio de atención que hasta el establecimiento de las ABA se les pueda estar prestando –sobre todo si tenemos en cuenta que, en muchos de estos municipios, las oficinas municipales solo son operativas, por lo que se refiere a la atención al público, unas pocas horas determinadas durante la semana–. En todo caso, el principal objetivo es que el ciudadano experimente una mejora sensible y diferencias positivas en el servicio que recibe.

El marco competencial de las ABA debe ser el que corresponde a los artículos 66 y 67²⁴ del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña. Asimismo, las ABA deberían contemplar una organización básica que garantice, en todo caso, los puestos clave de Secretaría e Intervención –y en un modelo de excelencia, también el de Tesorería–, y, al mismo tiempo, prever y considerar la necesidad de una organización más completa, con Gerencia, técni-

cos (aparejador, arquitecto, ingeniero, y todos aquellos profesionales que se consideren necesarios), Servicios Sociales, Área de Medio Ambiente, etc., siempre en concordancia con las necesidades y características del territorio y del conjunto de municipios que formen esta entidad supramunicipal que denominamos ABA.

La implementación de las ABA debe representar la garantía de una Administración común, totalmente profesionalizada y con garantías jurídicas plenas. Por su parte, las oficinas consistoriales continuarían dando el servicio habitual a sus usuarios y ciudadanos, pero ahora respaldado por un apoyo profesional y jurídico del mismo nivel de calidad que el que hay en cualquier otra Administración con la capacidad adecuada y suficiente, y cumpliendo los principios constitucionales mencionados de legalidad y eficacia. Conectados en red con el centro administrativo correspondiente y con el total apoyo que les garantiza este, los actores políticos, el personal al servicio de la Administración municipal y los ciudadanos, compartirían la tranquilidad de saber que disponen del servicio apropiado en cada caso.

24. El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover todo tipo de actividades y prestar todos los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de la comunidad de vecinos. Tendrán competencias en los ámbitos de la participación ciudadana, de la autoorganización, de la identidad y la representación locales, de la sostenibilidad ambiental y la gestión territorial, de la cohesión social, de las infraestructuras de movilidad, de la conectividad, de la tecnología de la información y de la comunicación, de los abastecimientos energéticos y de la gestión de recursos económicos, con el alcance que fijan esta Ley y la legislación sectorial respectiva.

Las competencias propias serán las siguientes: La seguridad en lugares públicos. La ordenación del tráfico de vehículos y de personas en las vías urbanas. La protección civil, la prevención y la extinción de incendios. La ordenación, la gestión, la ejecución y la disciplina urbanísticas; la promoción y la gestión de viviendas; los parques y los jardines, la pavimentación de vías públicas urbanas y la conservación de caminos y vías rurales. El patrimonio histórico-artístico. La protección del medio. Los abastecimientos, los mataderos, las ferias, los mercados y la defensa de usuarios y de consumidores. La protección de la salubridad pública. La participación en la gestión de la atención primaria de la salud. Los cementerios y los servicios funerarios. La prestación de los servicios sociales y la promoción y la reinserción sociales. El suministro de agua y el alumbrado público, los servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, las cloacas y el tratamiento de aguas residuales. El transporte público de viajeros. Las actividades y las instalaciones culturales y deportivas, el empleo del tiempo libre, el turismo. La participación en la programación de la enseñanza y la cooperación con la Administración educativa en la creación, la construcción y el mantenimiento de los centros docentes públicos; la intervención en los órganos de gestión de los centros docentes y la participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.

Servicios mínimos. Los municipios tienen que prestar, como mínimo, los servicios siguientes: en todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, cloacas, acceso a los núcleos de población, pavimentación y conservación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas, parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

Los municipios con una población superior a los veinte mil habitantes, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. En materia de protección civil, tienen que elaborar los planes básicos de emergencia municipal y los planes de actuación y planes específicos, en el supuesto de que estén afectados por riesgos especiales o específicos. En materia de servicios sociales, la financiación tiene que incluir los servicios sociales de la población establecidos legalmente como obligatorios.

Los municipios con una población superior a los treinta mil habitantes, además: el servicio de lectura pública de manera descentralizada, de acuerdo con el mapa de lectura pública.

Los municipios con una población superior a los cincuenta mil habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio, servicio de transporte adaptado que cubra las necesidades de desplazamiento de personas con movilidad reducida. También tienen que prestar este servicio todos los municipios que sean capital de comarca.

Si se observa el modelo portugués, nos damos cuenta de que hay dos niveles de entes locales: el primero, que es la parroquia *freguesia*, y el segundo, que es el municipio, en donde los presidentes de las parroquias (1.º nivel) forman parte del segundo nivel local como miembros de la asamblea municipal. Incorporando lo que nos interesa de este modelo portugués, y acudiendo a aquello que establece el Decreto legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de organización comarcal de Cataluña, vemos cómo en los consejos comarcales el pleno está formado por representantes de los diferentes ayuntamientos, aunque no en tanto que electos representantes de un determinado municipio, sino que en representación de un partido político. Con la introducción de las modificaciones adecuadas en la normativa vigente, podríamos establecer que los plenos o asambleas de las ABA estuvieran formados por los alcaldes y los tenientes de alcalde (con igual número de tenientes de alcalde por municipio), o cualquier otra fórmula que reproduzca la representatividad política de los diversos grupos políticos existentes en el seno de cada corporación. Este sería el escenario de aplicación inmediata del modelo propuesto, con la normativa propia y sin tener que esperar ni acudir a una modificación de la ley electoral.

Sin embargo, llegados a este punto, es necesario formular un apunte sobre la necesidad de hablar del sistema electoral. Considero que, aprovechando la ocasión de la propuesta que se postula de implantación de las ABA, sería un buen motivo para estudiar un serio replanteamiento del mismo, con el objetivo de resolver algunas de las disfunciones que ahora surgen en cada contienda electoral. La reforma del mundo local que se propone, y la singularidad del modelo planteado, nos obligan a establecer dos niveles electorales para las ABA:

1. Un primer nivel para el conjunto del ABA, contemplado como municipio en toda la extensión, contenido y

significado del concepto, y, por lo tanto, al que se aplicaría el vigente modelo electoral local en toda su expresión.

2. Un segundo nivel para los municipios integrantes del ABA, que trataríamos como entidades municipales descentralizadas²⁵ en cuanto al órgano unipersonal que también denominaríamos presidente, mientras que por lo que respecta al órgano colegiado acudiríamos a lo que establece el anteriormente citado artículo 184 de la Ley orgánica del régimen electoral general.

En conjunto, pues, aparece un doble nivel de representación: uno surgido directamente de cada uno de los municipios constituyentes del ABA, y otro específico correspondiente al proceso electoral ordinario propio del ABA. Que este doble nivel de representatividad sea a partes iguales o el porcentaje resultante tenga una composición u otra, es algo que deberá determinarse, previo estudio de las posibles consecuencias favorables y desfavorables, en el momento de formular la reforma propuesta. En todo caso, sea cual sea el modelo electoral que finalmente se aplique, el objetivo es que una parte importante de las decisiones políticas continúe en manos de los representantes de cada una de las corporaciones municipales respectivas de cada uno de los pequeños municipios integrantes de las ABA.

Por lo que se refiere a los recursos económicos, y a pesar del supuesto –no deseable– de que las aportaciones estatales y autonómicas se mantuvieran en los niveles de financiación actual, la primera gran consecuencia que se extrae de esta reforma del modelo municipal, es una mejor racionalización de los recursos económicos, dado que se elimina una multiplicidad de burocracia, trámites y procesos reiterativos,²⁶ que han de significar una sensible disminución de gastos y que, inevitablemente, tienen que representar una sustancial mejora económica para los nuevos entes locales surgidos de este proceso estudiado. Además, sería conveniente aprovechar esta profunda reforma que se

25. El artículo 81 del Decreto legislativo 2/2003, dice lo siguiente: “El órgano unipersonal, que adopta la denominación de presidente o presidenta, es elegido directamente por los vecinos de la entidad por el sistema mayoritario mediante la presentación de candidatos por los diferentes partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores.”

26. Ilustrémoslo solo con un ejemplo, que por otro lado es bastante significativo, cogiendo como supuesto los 24 municipios de menos de cien habitantes que hay en Cataluña. La gestión contable, el presupuesto municipal: es muy evidente que no es lo mismo gestionar la ejecución y desarrollo del presupuesto de un municipio de dos mil cuatrocientos habitantes que el de veinticuatro municipios –por lo tanto, ¡veinticuatro presupuestos!– de cien habitantes. Son veinticuatro presupuestos, veinticuatro aprobaciones del presupuesto, veinticuatro gestiones contables, veinticuatro liquidaciones del presupuesto, veinticuatro comisiones especiales de cuentas, veinticuatro aprobaciones de la cuenta general, veinticuatro anuncios en el boletín oficial correspondiente de la aprobación inicial del presupuesto, veinticuatro anuncios en el boletín oficial correspondiente de la aprobación definitiva, veinticuatro edictos en el boletín oficial correspondiente de exposición al público de la cuenta general y el estado de cuentas anual, veinticuatro envíos de la copia de la liquidación de sus presupuestos a la Administración del Estado y al Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat de Cataluña, y veinticuatro envíos de la cuenta general definitivamente aprobada a la Sindicatura de Cuentas. Todo esto, ¡confeccionado por veinticuatro administrativos/as y velado por veinticuatro

postula para mejorar la aportación a los entes locales del Estado y de la Generalitat.

Añadir, en este punto de la financiación, que, con el modelo que se propugna, no tendría demasiado sentido la continuidad del actual modelo de diputaciones, y, en consecuencia, debería producirse la desaparición (total o parcial) de estos entes locales intermedios,²⁷ tal como los conocemos hoy en día, y, por lo tanto, una parte muy importante de los enormes recursos económicos que gestionan tendrían que ir a parar directamente a los ayuntamientos para la gestión de sus servicios.

5. Conclusiones y recapitulación

1. Se propone transformar la estructura municipal tal como la conocemos hoy en día, mediante la creación de una figura jurídica llamada ABA (áreas básicas administrativas). La creación de esta nueva figura administrativa nos permitirá lograr una estructura que conjugue la racionalidad, en cuanto a una gestión eficaz de la cosa pública, con las necesidades de hacer frente a los retos actuales y futuros, respondiendo al lema: “pensar en global, actuar en local”, y que, al mismo tiempo, enlace con la tradición política y lexicográfica local de nuestro país.

2. Esta transformación se puede desarrollar al amparo de lo que establece la legislación vigente en materia de régimen local, y en concreto a través de las figuras siguientes:

- Marco jurídico general que ampara la transformación: Estatuto de Autonomía de Cataluña, Ley or-

gánica 6/2006, de 19 de abril, y en concreto la Sección Primera, Organización Territorial Local, y la Sección Segunda, El Municipio, del Capítulo VI, El Gobierno local, y en concreto los artículos del 83 al 89.

- Fusión y agregación de municipios: Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (LMRLC), y en concreto el artículo 13, que regula la fusión y agregación total de municipios. Decreto 244/2007, de 6 de noviembre, por el que se regula la constitución y la demarcación territorial de los municipios, de las entidades municipales descentralizadas y de las mancomunidades de Cataluña, y que en los artículos 4 a 7 regula la fusión y agregación de municipios. Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, y en concreto los artículos 5 a 7, que regulan la fusión y segregación de municipios.

- Mancomunidades de municipios: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, cuyo artículo 44 reconoce el derecho a asociarse con otros municipios mediante mancomunidades de municipios. Decreto legislativo 2/2003, LMRLC, cuyos artículos 115 a 122 regulan las mancomunidades de municipios. Decreto 244/2007, demarcación territorial de Cataluña, que en los artículos 48 a 50 regula las mancomunidades de municipios. Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, cuyos artículos 35 y 36 regulan las mancomunidades de municipios.

- Comunidades de municipios: Decreto legislativo 2/2003, LMRLC, que en los artículos 123 a 132 regula

secretarios/as! En un municipio de dos mil cuatrocientos habitantes, con un solo presupuesto, una sola aprobación del presupuesto, una sola gestión contable, una sola liquidación del presupuesto, una sola Comisión Especial de Cuentas, una sola aprobación de la cuenta general, un solo anuncio en el boletín oficial correspondiente de la aprobación inicial del presupuesto, un solo anuncio en el boletín oficial correspondiente de la aprobación definitiva, un solo edicto en el boletín oficial correspondiente de exposición al público de la cuenta general y el estado de cuentas anual, una sola remisión de la copia de la liquidación de su presupuesto a la Administración del Estado y al Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat de Cataluña, una sola remisión de la cuenta general definitivamente aprobada a la Sindicatura de Cuentas, ¡con un/a solo/a secretario/a y un/a solo/a administrativo/a es suficiente para hacer el mismo trabajo!

El mismo ejemplo nos serviría para entender lo que pasa con las modificaciones y aprobaciones de ordenanzas, las convocatorias de subvenciones, la gestión de los planes urbanísticos, el mantenimiento de las infraestructuras, y un largo etcétera.

27. Más allá de la opinión personal en este tema, tratar la desaparición de las diputaciones requiere un estudio muy esmerado, objetivo, imparcial, racional y muy científico, que, evidentemente no está al alcance de quien firma este trabajo, puesto que del mismo modo que la propuesta que se plantea es fruto de una larga reflexión avalada por la praxis diaria, plantear la desaparición de las diputaciones debe ser la consecuencia de un trabajo, en ningún caso menos elaborado que el presente, y esto corresponde a otros actores con más conocimiento de causa. En todo caso, sí que desde el mundo municipal uno tiene la percepción, en muchas ocasiones, de que las diputaciones son unos entes intermedios prescindibles, a pesar de que no podemos dejar de citar que en otros supuestos hay que reconocerles una función importante, función que, ciertamente, también puede asumir la Generalitat de Cataluña a través de sus órganos de gobierno descentralizados territorialmente, con lo cual, en este supuesto, sí que la desaparición de las diputaciones tendría sentido. En todo caso, este es un debate que no corresponde a este trabajo, y que hay que dejar abierto para otras líneas de investigación y para otros actores más especializados en la materia.

la naturaleza, creación y legislación aplicable a las comunidades de municipios.

- Entidades municipales descentralizadas: Decreto legislativo 2/2003, LMRLC; las entidades municipales descentralizadas y entidades de ámbito territorial inferior al municipio están reguladas en los artículos 79 a 83. Decreto 244/2007, demarcación territorial de Cataluña, artículos 39 a 47, que regula la constitución y procedimiento para la creación de las entidades municipales descentralizadas. Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local, cuyo artículo 45 establece unas reglas mínimas. Real decreto legislativo 781/1986, artículos 38 a 45.

3. Con la total transformación del modelo municipal y del mapa territorial que se propone, se racionaliza el número de municipios y/o áreas básicas administrativas, y podemos, además, plantear la posibilidad de estudiar seriamente la reducción, a la mínima e imprescindible expresión, de las Administraciones intermedias. Con esta transformación del mapa municipal en Cataluña, también podríamos replantearnos de forma rigurosa qué es lo que hay que hacer con las diputaciones –máxime cuando, últimamente, prácticamente todos los presidentes de las diputaciones de Cataluña, así como otros importantes actores de la escena política,²⁸ se han puesto de acuerdo al cuestionar su existencia–, así como cuál ha de ser el futuro de los consejos comarcales, que actualmente se rigen por el Decreto legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de organización comarcal de Cataluña, dado que gran parte de su cometido desaparecería con la implantación de las ABA. Una posibilidad sería la de contemplar la alternativa de una estructura administrativa de la cosa pú-

blica catalana que solo comprendiera: Gobierno de la Generalitat; delegaciones territoriales del Gobierno de la Generalitat; y municipios. Ninguna Administración más de carácter intermedio.

4. En la propuesta que se presenta, y estableciendo un cálculo aproximado, sin ninguna otra pretensión que la de obtener unos datos orientativos, de los 947 ayuntamientos existentes hoy en Cataluña, en tanto que entes locales de la misma cantidad de municipios, se pasaría a unos 225 entes locales, o áreas básicas administrativas, es decir una reducción de prácticamente el 75% de las Administraciones locales actualmente existentes. La mayoría de los actuales municipios dejarían de tener Ayuntamiento tal como se conoce hoy en día, para pasar a tener una oficina consistorial. Aun así, continuarían ostentando la condición de municipios con personalidad jurídica propia. Con la aplicación de la presente propuesta, la ratio por millón de habitantes de Cataluña, pasaría a ser de 30.

5. En una fase posterior, una vez implementadas las áreas básicas administrativas, sería necesario propugnar poder introducir una modificación en la Ley orgánica 5/1985, del régimen electoral general, para que las ABA puedan tener una representación política directa y plenamente democrática, a imagen de aquellas características del modelo portugués que sean útiles, se puedan reproducir y se puedan incorporar a nuestro sistema, siempre de acuerdo con el talante y la tradición de nuestro país. Como nos dice el Dr. Agustí Bosch en su libro: *Guía del sistema electoral*,²⁹ en el Capítulo 1.1, “El sistema electoral no se configura al libre capricho de los técnicos. Al contrario, cada sistema electoral representa el desenlace final de una larga historia protagonizada por cada pueblo con el transcurso de los años.”

28. Jaume Gilabert, presidente de la Diputación de Lleida, ha defendido el día 2 de febrero de 2011 la supresión de las diputaciones provinciales, para reducir una Administración “complicada y poco ágil”. Lo ha dicho en la tertulia que tuvo lugar en el programa radiofónico: *L’Oracle* de Catalunya Ràdio, presentado por Xavier Graset (*ara.cat*); el presidente de la Diputación de Girona, Enric Vilert, ha afirmado que hay demasiadas Administraciones, y, por eso, asegura que ve bien que se supriman las diputaciones (*ACN* miércoles 3 de febrero de 2011); el presidente de la Diputación de Barcelona, Antoni Fogué, ha afirmado: “si yo estuviera convencido de que la solución a la crisis pasara por la disolución de las diputaciones, posiblemente yo y muchos más nos plantearíamos que este es el camino a seguir” (entrevista en el programa *Els Matins* de TV3 de 7 de febrero de 2011); Rubalcaba se fija como objetivo la supresión de las diputaciones (*el Periódico* de 18 de junio de 2011); el presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, ha admitido que el debate sobre las diputaciones existe, y que se le tiene que hacer frente, a pesar de que esto será “en la próxima legislatura”. Según Zapatero, el esquema institucional actual no puede continuar “tal y cómo está ahora”. De este modo ha respondido al portavoz del BNG en el Congreso, Francisco Jorquera, que ha exigido la supresión de las diputaciones provinciales (*AVUI*, 3 de julio de 2011); la presidenta del Partido Popular de Cataluña, Alicia Sánchez-Camacho, ha afirmado que la función de las diputaciones se tendría que replantear. Así lo ha explicado en Catalunya Ràdio (24/01/2011); Joan Rida ha planteado la desaparición de las diputaciones en el marco del paquete de medidas de ahorro que plantea Esquerra. El republicano ha asegurado que las diputaciones son instituciones que “no tienen ninguna razón de ser” (*crònica.cat* 29/06/2011); el Bloque propone la supresión de las diputaciones (*El Punt* 17/01/2011).

29. BOSCH, A., *Guía del sistema electoral*, Col·lecció Materials, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2004.

6. Lo que en este trabajo se plantea no es ni un paradigma ni la piedra filosofal, sino que es la constatación de un problema, con su propuesta de solución y sin la pretensión de ser exhaustivo. A partir de aquí, y de acuerdo con las bases que se exponen, se puede construir una propuesta rigurosa, plausible, eficaz y pragmática. Útil para dar respuesta y solución al problema que se plantea. Aun así, no puede ser la tarea ni de un solo hombre ni de un solo día: tiene que ser una tarea colectiva de profesionales de solvencia contrastada, y que tenga la duración necesaria para la obtención de un resultado de excelencia.

7. Si nos anticipamos y hacemos los deberes nosotros, y entre todos, sin duda que los haremos bien y respetando nuestro modelo territorial y mapa municipal. Si por el contrario la reforma es la consecuencia de imposiciones coyunturales, foráneas y alejadas de nuestras realidades, nuestro modelo territorial saltará por los aires, el mapa municipal actual desaparecerá y, en definitiva, es imposible imaginar qué es lo que puede llegar a pasar y las consecuencias que puede tener. Es necesario que todos los actores afectados e implicados, y, en definitiva, el conjunto de la sociedad, interioricen y perciban esta propuesta de transformación como un gran proyecto colectivo, ilusionante, y muy adecuado para resolver una situación endémica en la cosa pública local, que la crisis ha puesto de manifiesto más que nunca, asumiendo todos que, sin duda, se trata de una importante apuesta de futuro para mejorar la cosa pública en nuestro país, adaptándola a las exigencias del siglo XXI.

6. Bibliografía, artículos y monografías, y webgrafía

6.1. Bibliografía

ARES FALCÓ, Patricia, ESCUDERO VILLAFÁFILA, Reyes, HERNÁNDEZ HERRERA, Dolores, VÁZQUEZ NEGRO, Francisco Javier, *Problemas frecuentes en la Administración local. Recopilación de supuestos prácticos reales*, La Ley - El Consultor, Madrid, 2010.

ASENSIO MERINO, S., *Modelos de función pública comparados*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997.

BLASCO DIAZ, JOSÉ LUÍS, FABRA VALLS, Modesto, OLLER RUBERT, Marta, *L'empament constitucional*

del principi d'autonomia local, Col·lecció Estudis Locals, Associació Catalana de Municipis, Càtedra Prat de la Riba d'Estudis Jurídics Locals, Barcelona, 2010.

BOSCH, A., *Guia del sistema electoral*, Col·lecció Materials, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2004.

CAULDFIELD, J., LARSEN, H., *Local Government at the Millennium*, Opladen, Leske+Budrich, 2002.

GENERALITAT DE CATALUNYA, Departament de Governació i Administracions Públiques, *Llibre Blanc de la Funció Pública Catalana*, Barcelona, 2005.

GUIFREU I FONT, Judith, FUENTES I GASÓ, Josep Ramon, *Règim Jurídic dels Governos Locals de Catalunya*, Associació Catalana de Municipis, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

HERMET, Guy, *Populismo, democracia y buena gobernanza*, El Viejo Topo, Barcelona, 2008.

LONGO, F. (dir.), *Informe sobre Gobierno local en España*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 1997.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Libro Blanco para la reforma del Gobierno local*, Madrid, 2005.

SALVADOR SEGARRA, Marc, *Les comarques i els municipis de Catalunya*, Col·lecció Població i Territori, 8, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000.

6.2. Artículos y monografías

BANDRÉS, José Manuel, "La Carta Europea de la Autonomía Local en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 20, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, junio de 2009.

COMISIÓN DE EXPERTOS CREADA POR ACUERDO DEL GOBIERNO DE 3 DE ABRIL DE 2000, A INSTANCIA DE LOS DISTINTOS GRUPOS DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA, *Informe sobre la revisió del model d'organització territorial de Catalunya*, Barcelona, diciembre 2000.

DEPARTAMENT DE GOVERNACIÓ I ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, *Document de bases per a l'elaboració d'un avantprojecte de Llei de governos locals de Catalunya*, Universitat Rovira i Virgili, Estudis de Dret Local, Tarragona, 2007.

SUËLT COCK, Vanessa, "Elementos competitivos del régimen local en las recientes reformas estatutarias", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 22, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, febrero 2010.

6.3. Webgrafía

Assemblée des Régions d'Europe: <http://www.aer.eu/fr/assemblee-des-regions-deurope-organisation-europeenne.html>

Blog de Carles Bassaganya: <http://blocs.mesvillaweb.cat/carlesbassaganya>

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Consejo de Europa: http://www.coe.int/t/dghl/default_fr.asp

Finlandia: Ley de Gobierno local: <http://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1995/19950365>

Grecia: Plan Kallikrates, Ley 3852/2010, de 3 de junio:

<http://www.greekrealm.com/forum/greek-politics/13895-kallikrates-plan.html>

Legifrance: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023239624&dateTexte=&categorieLien=id>

Municat: <http://www.municat.net/> (*Municipis i comarques de Catalunya*. Sistema de información de Administración local del Departamento de Gobernación de la Generalitat de Catalunya)

Portugal: Ley 169/1999, de 18 de septiembre, entidades locales. Competencias y régimen jurídico:

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=592&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 ■

La ejecución de sentencias en materia de función pública

Francisco José Sospedra Navas

Magistrado

1. **Introducción**
2. **La ejecución forzosa de las sentencias estimatorias en materia de personal**
 - 2.1. Ejecución fraudulenta, incidente de ejecución y cuestiones nuevas
 - 2.2. La inejecución de sentencias en materia de función pública
 - 2.3. Ejecución de sentencias estimatorias en procesos selectivos de acceso y promoción
 - 2.4. Ejecución de sentencias estimatorias en materia disciplinaria
 - 2.5. Ejecución de sentencias de condena dineraria
3. **La extensión de efectos de las sentencias en materia de personal**
4. **Ejecución de sentencias y responsabilidad patrimonial**
5. **Apuntes conclusivos**

Resumen

El artículo analiza la problemática que se plantea en sede de ejecución de sentencias en materia de función pública, la cual se circunscribe fundamentalmente a la ejecución forzosa de las sentencias estimatorias en aquellos casos en que la Administración no ha cumplido voluntariamente la sentencia, lo cual abre la vía de la pretensión de ejecución del interesado en los términos prevenidos en el artículo 104.2 de la LJCA. En el estudio se analizan las diferentes hipótesis de ejecución forzosa y los incidentes que pueden suscitarse, examinando especialmente la problemática derivada de los supuestos de inejecución y de la ejecución de sentencias dictadas en procesos selectivos, en materia disciplinaria y en los casos de condena dineraria. El estudio finaliza con el análisis de dos cuestiones conexas de gran importancia práctica, como son la institución de la extensión de efectos en materia de personal y las hipótesis de responsabilidad patrimonial que pueden plantearse en sede de ejecución.

Palabras clave: *función pública; ejecución forzosa; Administración Pública; responsabilidad patrimonial.*

Abstract

This article analyzes the debate about the execution of judgments in the area of civil service where the execution is basically circumscribed to the mandatory execution of judgments in the case that the public administration has not comply voluntary with it. In this event, the citizen may execute the judgment in the terms of section 104.2 LJCA. The article explores several hypotheses about mandatory execution and the incidents that may occur in this arena. In particular, it examines the controversy about the no execution and the execution of judgments in the area of recruitment processes, disciplinary issues and money judgments. The study finalizes with the analysis of two connected questions that are very relevant in practice: the extension of the effects in the area of human resources and the hypothesis of public administration responsibility that can derive in the area of execution of judgments.

Keywords: *civil service; mandatory execution; public administration; public administration responsibility.*

1. Introducción

La importancia de la ejecución de las sentencias se expresaba con toda claridad en la STC 67/1984,¹ cuando se afirmaba que “es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución, que se refleja en la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad –en caso de conflicto– se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial –artículos 117 y ss. de la Constitución– que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes”.

De esta forma, el Tribunal Constitucional ha venido integrando el derecho a la ejecución del fallo dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución,² configurándolo como un derecho subjetivo del justiciable que tiene como presupuesto lógico y constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas, y, además, actúa como límite y fundamento que impide que los jueces y tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley.

Por tanto, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva también se concreta en fase de ejecución en el cumplimiento del fallo judicial, para evitar que la sentencia firme se convierta en mera e ineficaz declaración formal.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la ejecución de sentencias presenta una especial conflictividad, derivada fundamentalmente del hecho de que se trata de una actividad que debe desarrollar en principio la propia Administración condenada, por lo que existe una serie de cautelas y garantías para que la sentencia se ejecute correctamente, concretadas en la sanción de nulidad de pleno derecho de las disposiciones y actos contrarios a la sentencia, la regulación de una vía incidental y el incremento de la potestad sustitutoria del

juez o tribunal en los casos en que la Administración Pública no cumpla la sentencia, en la misma línea que viene observándose en la mayoría de los países de nuestro entorno, como es el caso de Alemania o Italia.

Dentro del orden contencioso-administrativo hay algunas materias especialmente proclives a suscitar problemas a la hora de ejecutar la sentencia, entre las que se encuentra sin duda la materia de personal, donde en ocasiones resulta compleja la ejecución de los pronunciamientos del fallo, especialmente cuando se trata de anulación de procesos selectivos, o en procesos seguidos en Administraciones de dimensión más reducida, donde la experiencia nos indica que la litigiosidad del empleado público está en relación o deriva en conflictos o enfrentamientos personales con las autoridades y superiores, que se proyectan en la fase de ejecución de sentencia, dificultándola.

Sin duda, un instrumento para soslayar gran parte de estos problemas es la propia sentencia, puesto que en los casos en que el juez o tribunal ha sido preciso a la hora de fijar las bases concretas respecto del modo, tiempo y medios de ejecución, se atenúan en gran medida los problemas ulteriores que pueden plantearse en la ejecución.

Con todo, la naturaleza de la materia incrementa la conflictividad en sede de ejecución, y, así, la problemática de la ejecución de las sentencias de personal es común a nivel comparado, lo cual explica que en los diferentes ordenamientos se hayan articulado mecanismos para evitar los conflictos en sede de ejecución. En este punto, pueden citarse los ejemplos del ordenamiento belga y del griego, que contemplan excepciones cuando las situaciones pasadas se consolidan con el transcurso del tiempo, de manera que el principio de seguridad jurídica restringe las consecuencias de la resolución contencioso-administrativa. En este ámbito se enmarca la doctrina del *fonctionnaire de fait*, que ha llevado a los tribunales contencioso-administrativos a atenuar los plenos efectos de sus resoluciones, en particular cuando la anulación afecta al nombramiento de un funcionario;³ en estos supuestos, el funcionario

1. STC 67/1984, de 7 de junio (RTC 1984, 67).

2. Como afirmara el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, STC 32/1982, de 7 de junio (RTC 1982, 32), el derecho a la ejecución en sus propios términos de las sentencias y resoluciones judiciales firmes parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3. El *Conseil d'État* belga, en el asunto Tibax, expresa el fundamento de esta doctrina en los siguientes términos: “En efecto, una resolución del *Conseil d'État* no puede funcionar como una suerte de ‘máquina del tiempo’ que recrea momentos pasados en el ordenamiento jurídico o en el contexto de las relaciones sociales (...). En especial, el completo reestablecimiento de la legalidad puede causar más perjuicios que beneficios a aquellos individuos que no eran responsables del ilícito inicial, y por tanto no tienen obligación alguna de asumir la carga de la anulación provocada por otros (...)”.

ilegalmente nombrado no está obligado a reembolsar los sueldos percibidos, y los actos administrativos adoptados por dicho funcionario mantienen sus plenos efectos, a pesar de haber sido adoptados por un agente que no reunía las condiciones legales para acceder al cargo.

Esta breve introducción pone de manifiesto que estamos ante una materia de singular interés, que se incrementa al analizar en nuestro ordenamiento procesal la institución de la extensión de efectos, prevista para procesos de personal y tributarios, y que se incluye dentro de la regulación de la ejecución de las sentencias en los artículos 110 y 111 de la LJCA, aun cuando propiamente no constituya un supuesto de ejecución de la sentencia.

En este estudio analizaremos las cuestiones más relevantes que se plantean, siguiendo una propuesta sistemática que se desarrollará en tres apartados: 1) la ejecución forzosa, donde se analizará la ejecución de las sentencias de personal en una selección de materias más conflictivas; 2) la extensión de efectos; y 3) la interrelación entre ejecución forzosa y responsabilidad patrimonial.

2. La ejecución forzosa de las sentencias estimatorias en materia de personal

La problemática en sede de ejecución se circunscribe fundamentalmente a la ejecución forzosa de las sentencias estimatorias en aquellos casos en que la Administración no ha cumplido voluntariamente la sentencia, lo que abre la vía de la pretensión de ejecución del interesado en los términos prevenidos en el artículo 104.2 de la LJCA.

El Tribunal Supremo ha sistematizado los criterios generales de la ejecución de sentencias, pudiendo citarse, por su claridad, el fundamento quinto del ATS de la Sala Tercera de 20 de enero de 2010,⁴ que fija los principios de ejecución de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa en los siguientes términos: "a) El principio fundamental que debe presidir la ejecución de las sentencias es el de sujetarse estrictamente a su contenido, sin apartarse de lo ejecutoriado, recordando el Tribunal Constitucional que co-

rresponde al tribunal sentenciador decidir las medidas para propiciar la ejecución; b) La ejecución de las sentencias es una parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), e incluso constituye elemento esencial del Estado de Derecho tanto la extensión de la jurisdicción, que en exclusiva ejercen los juzgados y tribunales, a hacer ejecutar lo juzgado como el obligado acatamiento de la Administración a los pronunciamientos judiciales; c) Con esta trascendencia han de ser entendidos y aplicados los artículos 117.3 y 118 CE y 18 LOPJ, sin que ello permita ignorar que el ejercicio de los derechos, incluso los que se reconocen en sentencia, están sujetos a los condicionamientos establecidos en el ordenamiento jurídico. O, dicho en otros términos, el propio cumplimiento de las sentencias está condicionado a la observancia de los requisitos de procedimiento establecidos por la normativa aplicable".

Desde el punto de vista procesal, la solicitud de ejecución forzosa suele plantearse en dos modalidades diferentes: 1) la pretensión de ejecución forzosa del artículo 104.2 de la LJCA, que suele instarse frente a la inactividad de la Administración una vez le ha sido comunicada la sentencia; y 2) la pretensión incidental frente a la actividad de la Administración que contraviene el tenor de la sentencia o que de alguna manera impide su cumplimiento; en este punto, la vía incidental debe seguir el cauce del artículo 109.1 de la LJCA, que dispone que "la Administración Pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución".

Por regla general, la actividad de ejecución está en relación con el contenido de la sentencia, de tal manera que la predeterminación de las bases de la ejecución facilita notablemente la ulterior actividad de ejecución. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional debe adoptar un papel activo, como han indicado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo,⁵ coincidiendo en afirmar que los tribunales deben agotar los medios de que disponen, no debiendo desfallecer en la ejecución de sus sentencias, actuando con energía, apurando siempre la posibilidad de realización completa del fallo.

4. Recurso 440/2006, ponente Sr. González Rivas.

5. Entre otras, SSTC 26/1983, de 13 abril (RTC 1983, 26), 28/1989, de 6 de febrero (RTC 1989, 28), y 166/1998, de 15 julio (RTC 1998, 166); STS de 7 de abril de 1997 (RJ 1997, 3068).

A continuación, examinaremos las más relevantes hipótesis de ejecución que pueden plantearse en materia de función pública.

2.1. Ejecución fraudulenta, incidente de ejecución y cuestiones nuevas

En materia de función pública, y especialmente en la ejecución de sentencias que anulan procesos selectivos o de provisión de puestos, es relativamente frecuente que la Administración adopte actos o acuerdos que, aunque aparentemente dan cumplimiento a la sentencia, en el fondo tienden a ratificar la inicial decisión anulada en vía jurisdiccional.

En este ámbito, no siempre es fácil fijar los límites entre lo que constituye una ejecución fraudulenta de la sentencia, lo que determina en principio el posible inicio de un incidente de ejecución, y lo que constituye una cuestión nueva, es decir, una impugnación autónoma que debe dilucidarse de forma separada una vez se ha ejecutado el pronunciamiento de la sentencia.

a) La ejecución fraudulenta y el incidente de ejecución. Los apartados 4 y 5 del artículo 103 de la LJCA regulan los supuestos de hecho en que se ha producido una ejecución fraudulenta de la sentencia, definidos como aquellas disposiciones o actos de la Administración, adoptados a raíz del pronunciamiento jurisdiccional, que están dirigidos a eludir el cumplimiento de la sentencia.

El artículo 103.4 de la LJCA se refiere a aquellos supuestos en que la Administración, ante una sentencia

contraria a su interés, recurre a mecanismos tendentes a desvirtuar la ejecución, bien sea alterando el sentido del fallo, bien adoptando medidas distintas y aun contrarias a este, tratando de encubrir la inejecución o una ejecución dirigida tendencialmente a ratificar el acto anulado mediante actuaciones formales que lo desvirtúan. Por tanto, siempre que la Administración se aleja de los mandatos del fallo dictando actos o disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias con el fin de eludir el cumplimiento del fallo, dando lugar a cuestiones nuevas que inciden en lo fallado en el proceso, se permite plantearlas al tribunal en el incidente de ejecución de sentencia y requerirle para que las anule.⁶

La vía procedimental para declarar la nulidad de las disposiciones o actos de ejecución fraudulenta está regulada en el artículo 103.5 de la LJCA, cuando establece que “el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado 4, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del art. 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

Por tanto, la actividad administrativa que contraviene el fallo es impugnabile por la vía de los apartados 4 y 5 del artículo 103 de la LJCA, debiendo instarse por la parte la correspondiente demanda incidental pretendiendo la nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones que se entiendan contrarios a los pronunciamientos de la sentencia.⁷

b) El incidente de ejecución: ámbito del incidente y cuestiones nuevas. En la ejecución de una

6. Como indicaba la STC 167/1987, de 28 de octubre, el cumplimiento defectuoso o puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta, como son, entre otras, la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo, constituye un supuesto en que no es necesario abrir un nuevo proceso sobre el nuevo acto.

7. La STS de 10 de marzo de 2011 (Recurso: 6537/2008, ponente Sr. Conde Martín de Hijas) resalta la necesidad de seguir de forma contradictoria el proceso incidental cuando se trata de declarar la nulidad de actos contrarios al fallo. En la citada sentencia se expresa: “el artículo 103 de la Ley jurisdiccional dispone que ‘Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento’; pero ello no autoriza a la Sala a efectuar una anulación de plano, al margen de lo dispuesto en el apartado 5 del mismo precepto, de acuerdo con el cual ‘el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley’, y, el apartado 2 del artículo 109 de la Ley jurisdiccional al que aquel se remite, dispone claramente que ‘del escrito planteando la cuestión incidental se dará traslado a las partes para que, en plazo común que no excederá de veinte días, aleguen lo que estimen procedente’. Por tanto, presentada la demanda incidental, la Sala debió dar traslado de la misma a la representación procesal de la Comunidad Autónoma de (...), y al no hacerlo así ha incurrido en la infracción denunciada del artículo 109 de la Ley jurisdiccional, en relación con el artículo 103 del mismo cuerpo legal, causando una indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución, a la Administración ahora recurrente, sin que a ninguno de los argumentos consignados en el Auto de 6 de junio de 2008, desestimatorio del recurso de súplica, se le pueda reconocer entidad jurídica suficiente como para enervar esta conclusión ni para justificar una infracción procesal como la que ahora apreciamos”.

sentencia no siempre es fácil deslindar lo que son actividades de la Administración contrarias al fallo o que incumplen los pronunciamientos de las sentencias, y lo que son cuestiones nuevas, es decir, aquellos extremos que quedan al margen de lo decidido en el fallo.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre estos límites, dibujando las fronteras entre uno y otro supuesto, afirmando que con ocasión de los incidentes de ejecución no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata relación de causalidad, pues, de otro modo, no solo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución, sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales o de terceros.⁸

En nuestra Ley jurisdiccional el incidente de ejecución está configurado con gran amplitud, lo que contrasta con la parquedad de su regulación procedimental.

En el ámbito del incidente se enmarcan tanto los supuestos de declaración de ejecución fraudulenta a que nos hemos referido anteriormente, como el de determinación de la imposibilidad de ejecución (artículo 105.3 LJCA), como el de modulación del pago de condenas dinerarias en caso de transtorno grave para la Hacienda Pública (artículo 106.4 LJCA), y, en definitiva, pueden sustanciarse por esta vía cuantas cuestiones se planteen en la ejecución, de tal manera que el procedimiento puede versar sobre cualquier cuestión que se plantee en la ejecución y sobre la que quepa decidir, siempre que no se contradiga el contenido del fallo.

Como se ha indicado, la amplitud del incidente contrasta con la parquedad de su regulación procedimental en los apartados 2 y 3 del artículo 109 de la LJCA, limitada a prevenir una fase alegatoria, cuando en la práctica se plantean cuestiones de mayor complejidad, derivadas de la intervención de terceros o de la necesidad de recibir el incidente a prueba, que deben ser integradas con la aplicación de otros preceptos procesales.

c) La tramitación del incidente. La sencilla regulación procedimental de los apartados 2 y 3 del artículo 109 de la LJCA deja en principio sin respuesta a gran parte de la problemática que se plantea en vía incidental.

Una primera cuestión se concreta en la posibilidad de que existan terceros interesados en la ejecución, que pretendan comparecer una vez dictada la sentencia, sin haber sido parte en la fase declarativa del proceso. En este punto, la jurisprudencia ha precisado que para intervenir en el proceso de ejecución como parte activa no es menester que se haya sido parte en el proceso de conocimiento, sino que basta con que se sea titular de un interés legítimo en la ejecución. Del mismo modo, desde la perspectiva pasiva, es necesario emplazar a los terceros que puedan ser afectados por el pronunciamiento jurisdiccional derivado de la resolución del incidente de ejecución.⁹

Una segunda cuestión se refiere a la falta de regulación de una eventual fase de prueba y conclusiones en el incidente del artículo 109 de la LJCA, si bien en este punto se viene admitiendo pacíficamente tal posibilidad, aunque con diversidad de prácticas, ya sea por la vía de aplicación supletoria de las normas del proceso contencioso-administrativo ordinario, ya sea por la aplicación supletoria de las normas de la LEC sobre los incidentes o el juicio verbal.

d) Supuestos. Para diferenciar los supuestos que entran en el incidente de ejecución del artículo 109 de la LJCA de aquellos otros que deben ser objeto de impugnación autónoma, por constituir cuestión nueva, es necesario realizar un examen casuístico, por cuanto no pueden darse normas generales en esta materia, al depender de variables tales como el contenido de la sentencia, el pronunciamiento del fallo y la situación jurídica que se deriva del cumplimiento de la sentencia. Por este motivo, es imprescindible realizar un estudio separado por temáticas, lo cual nos aproximará a la problemática que se plantea en las diferentes hipótesis de ejecución de sentencia.

2.2. La inexecución de sentencias en materia de función pública

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE comprende, como se ha indicado anteriormente, el derecho a obtener la ejecución de la sentencia en sus propios términos.

8. Por todas, STC 219/1994, de 18 de julio.

9. Así, la STS de 10 de marzo de 2011 (Recurso: 6537/2008; ponente Sr. Conde Martín de Hijos) anula un auto dictado en el incidente por cuanto que la anulación de las actuaciones afectaba a un Decreto autonómico distinto de aquel cuyas determinaciones anulaba la ejecutoria, por lo que entiende la Sala que debió darse traslado a la representación procesal de la Comunidad Autónoma autora del Decreto afectado.

No obstante, el cumplimiento de la sentencia puede resultar imposible en algunos supuestos, ya sea por razones de índole física o jurídica, lo cual está previsto en el artículo 105.2 de la LJCA, arbitrándose un mecanismo de solución del conflicto en estos casos mediante la fijación de una indemnización sustitutoria. Tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo, han venido declarando que la inejecución de la sentencia constituye una excepción a la regla general, de tal manera que se configura como un supuesto excepcional.¹⁰

En la práctica, el juego de la vía de la imposibilidad de ejecución de la sentencia está en relación con la materia, y en este sentido es sabido que la problemática más intensa se concentra en los asuntos de urbanismo, donde los cambios en la realidad física y de las situaciones jurídicas derivados de la ejecutividad de la disposición o del acto impiden en ocasiones llevar a cabo los pronunciamientos de la sentencia en sus propios términos.¹¹

En orden a la inejecución de sentencias, el artículo 105.2 de la LJCA establece que “si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes se considere interesados, el juez o tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

Este precepto constituye una excepción a lo establecido en el artículo 103 de la LJCA, en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales se cumplan en sus estrictos términos. Ahora bien, el legislador es consciente de que, por diferentes vicisitudes, a veces el mero transcurso

del tiempo, a veces otras circunstancias, la realidad legal o material puede haberse modificado, de modo que la sentencia deviene en no ejecutable. No obstante, la aplicación de este precepto ha de ser muy cautelosa, en la medida en que no puede servir para encubrir una voluntad de incumplimiento de la sentencia.

En el ámbito de la función pública, la imposibilidad de ejecución es un supuesto que debe considerarse residual, limitado a los supuestos en que la ejecutividad del acto, unida al transcurso del tiempo, hace imposible el cumplimiento “in natura” del pronunciamiento jurisdiccional.

Concretamente, nos estamos refiriendo a los supuestos de procesos en que el reconocimiento del derecho se proyecta sobre una situación jurídica ya agotada, como es el caso típico de pretensiones en relación con el disfrute de licencias o permisos, donde generalmente el reconocimiento jurisdiccional del derecho no puede ser objeto de cumplimiento, al referirse a situaciones fácticas surgidas en un determinado momento, que carecen de vigencia cuando se reconoce el derecho al disfrute. En estos casos, estamos ante un supuesto teórico de imposibilidad de ejecución, si bien matizado en algunos casos cuando en las demandas se articulan pretensiones indemnizatorias derivadas de la anulación de la disposición o acto. Incluso la propia sentencia puede integrar la decisión sobre la imposibilidad de su ejecución en el fallo, con lo cual se evitaría el incidente; en este punto, el propio Tribunal Supremo ha adelantado en algunos casos la decisión sobre la imposibilidad de ejecución de la sentencia, cuando ha constatado que no es posible su cumplimiento, apareciendo como conveniente que si, en el momento de dictar sentencia, ya se ha producido la causa de imposibilidad legal o material, se resuelva sobre la misma en el fallo y, si es posible, se fije la indemnización sustitutiva o, al menos, se predeterminen sus bases.¹²

En cualquier caso, en los supuestos en que no hay terceros interesados, las consecuencias jurídicas derivadas de la inejecución de la sentencia generalmente

10. En la STC 22/2009 se establece que la inejecución solo es posible “(...) cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas”.

11. En cualquier caso, debe advertirse que la tendencia jurisprudencial mayoritaria en materia urbanística es, en el momento actual, no declarar la imposibilidad legal o material, especialmente cuando se trata de obras ilegales, donde el Tribunal Supremo ha venido a consagrar la regla general de la demolición de las edificaciones declaradas ilegales en sentencia judicial firme (entre otras muchas, SSTs de 7 de junio de 2005, 4 de febrero de 2009 y 18 de febrero de 2009).

12. En este punto, ALBAR GARCÍA, J., OLIVAN DEL CACHO, J., y ZAPATA HIJAR, J. C., *Ejecución de sentencias, procedimientos y garantías*, CGPJ, Fundación Wellington, Madrid, 2006, p. 201, indican que sería conveniente la introducción de un nuevo párrafo del artículo 71.1 de la LJCA para permitir declarar en el fallo de la sentencia la imposibilidad de ejecución de esta y la correspondiente indemnización o prestación sustitutiva.

se concretan en un equivalente indemnizatorio, lo que no genera una problemática de especial complejidad.

Mayores son las dificultades que se producen cuando la posible inejecución trae causa de la concurrencia de un interés de un tercero de buena fe, que entra en conflicto con la actividad derivada de la ejecución de la sentencia. Son los casos típicos de anulaciones de decisiones, disciplinarias o de otra naturaleza, que implican la reintegración de un funcionario en un determinado puesto de trabajo, que ha sido ocupado lícitamente por un tercero en el interín, quien ni ha sido parte en el proceso, ni en ocasiones tenía conocimiento de que el puesto en cuestión estaba en litigio. Incluso, en muchos de los supuestos, el tercero en cuestión había optado por el puesto por razón de movilidad, dejando otro vacante, al cual no puede ser reintegrado con facilidad.

En estos casos, más que ante supuestos de inejecución, estamos ante casos de anormal funcionamiento de la Administración, al no prever que la actividad que originó la vacante podía ser objeto de anulación, y al no dar a conocer tal circunstancia a los interesados. Por tanto, se trata de casos que no pueden ser resueltos en sede de inejecución de sentencia, puesto que en principio no existe una imposibilidad legal de reintegrar al funcionario indebidamente cesado a su puesto, aun cuando ello lesione el interés de un tercero, puesto que esta hipotética lesión trae causa de un anormal funcionamiento de la Administración, y no del pronunciamiento jurisdiccional.

2.3. Ejecución de sentencias estimatorias en procesos selectivos de acceso y promoción

La experiencia demuestra que la materia que plantea una mayor conflictividad en sede de ejecución de sentencias es la de anulación de plazas en plantillas, de procesos selectivos o de decisiones en materia de promoción.

Se trata de una materia donde normalmente concurre el interés de terceros, que han participado en el proceso selectivo, incluso a veces nombrados como funcionarios y con un tiempo de ejercicio al tiempo de ejecutarse la sentencia, y que se ven afectados también por el pronunciamiento estimatorio de la sentencia. Generalmente, una vez que es firme la sentencia, se provoca el efecto de dejar abierto el proceso selectivo, con la consecuencia de que se deben anular los nom-

bramientos de funcionarios o empleados públicos, que en muchas de las ocasiones ni tan siquiera han sido parte en el proceso. Este tipo de decisiones jurisdiccionales en ocasiones originan consecuencias que van más allá del proceso selectivo, como es la posibilidad de que los afectados puedan promover un expediente de responsabilidad patrimonial derivado de la anulación del acto ilícito.

Junto a esta singular problemática también concurre otra, derivada de la tendencia de los órganos selectivos de la Administración a no modificar su decisión, especialmente en los procesos de promoción profesional, de tal manera que no es infrecuente que se sucedan los incidentes de ejecución en relación con un mismo proceso selectivo o de promoción, donde invariablemente siempre se produce el mismo resultado, abstracción hecha de los pronunciamientos jurisdiccionales.

Un foco de problemas especialmente intenso se plantea en los supuestos de anulación de bases de la convocatoria, que generalmente se proyectan sobre un proceso selectivo ya finalizado, lo cual puede originar graves conflictos, especialmente cuando se trata de procesos selectivos que afectan a un gran número de personas.

Un caso paradigmático de la complejidad de la ejecución de una sentencia anulatoria de las bases de la convocatoria en el ámbito del TSJ de Cataluña, fue la ejecución de la sentencia dictada en el Recurso 786/1992, que había anulado determinadas bases de la convocatoria para la provisión de 1.186 plazas de catedráticos de instituto.

Cuando se planteó la ejecución, había, por una parte, 1.186 catedráticos nombrados, con un tiempo de ejercicio, y otros cientos de participantes, muchos de ellos no recurrentes, que tenían la expectativa de acceder al puesto una vez anuladas las bases controvertidas.

Se trata de un supuesto que ejemplifica la insuficiencia de las normas procesales sobre ejecución de sentencias, y que se resolvió de forma singular, si bien partiendo de una premisa que es de aplicación a todos estos supuestos de anulación de bases, y es que la anulación de las bases de la convocatoria afecta a todos los actos posteriores de desarrollo y finalización del proceso selectivo, con la particularidad de que quedan sin efecto los nombramientos derivados de la convocatoria anulada y de la aplicación en ejecución de sentencia de los principios de igualdad, mérito y capa-

cidad. En este caso, el TSJ de Cataluña aceptó una fórmula de la ampliación de plazas como mecanismo para conservar en lo posible los nombramientos realizados, siempre y cuando no se vulnerara el derecho de otros aspirantes y se garantizara la igualdad de condiciones de los concursantes inicialmente no seleccionados con los que mantuvieran su nombramiento.

De esta forma, la Administración amplió en 728 el número de plazas, manteniendo los nombramientos de las personas que podían obtener la condición de catedrático de acuerdo con las nuevas bases y baremos, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por tanto, hubo casos de aspirantes que habían resultado seleccionados conforme a las bases anuladas, que posteriormente no lo fueron, derivado de las consecuencias jurídicas producidas por la anulación de las bases de la convocatoria.

La problemática es distinta cuando se trata de anulación de decisiones emitidas por órganos de selección o tribunales calificadoros, donde existe una cierta tendencia a reproducir la misma decisión, con abstracción del pronunciamiento anulatorio.

A la hora de ejecutar las sentencias anulatorias de procesos selectivos parece claro que debe partirse de una premisa, cual es que el pronunciamiento anulatorio contenido en la sentencia judicial hace exigible un mayor rigor de motivación por parte del órgano de selección, pues, siendo incuestionable su discrecionalidad técnica, la repetición de la prueba es consecuencia de una actuación anterior viciada, y por este mismo motivo debe realizarse en condiciones de hacerla susceptible de control jurisdiccional en el trámite de ejecución de sentencia.¹³ Por otra parte, también han de tenerse en cuenta las circunstancias concretas, especialmente cuando se trata de repetición de pruebas, puesto que el transcurso del tiempo puede suponer de facto una desventaja para el aspirante, cuando es ajeno a las vicisitudes que han determinado la anulación del proceso selectivo o de promoción.

En este ámbito, en la práctica nos encontramos con que en algunas ocasiones se suceden varios incidentes de ejecución que, algunas veces, se solventan con decisiones jurisdiccionales del juez o tribunal, que, finalmente, zanja la controversia otorgando directamente

la plaza o puesto en cuestión al aspirante recurrente, amparándose en este caso en el ejercicio de las facultades judiciales de sustitución a las que se refiere el artículo 108 de la LJCA. En cualquier caso, el ejercicio de la facultad sustitutiva está en relación con el contenido discrecional del acto, de tal manera que, por ejemplo, si se ha anulado una decisión discrecional por inmotivada, el juez o tribunal no puede sustituir a la Administración con base a una motivación que incidiría de lleno en las potestades discrecionales administrativas; sin embargo, cuando la sentencia ha anulado una decisión discrecional estableciendo unas directrices, nada impide que el juez o tribunal acuda a las facultades sustitutivas si tales directrices no se cumplen por parte de la Administración.

2.4. Ejecución de sentencias estimatorias en materia disciplinaria

En el ámbito de la ejecución de sentencias estimatorias de recursos contra resoluciones disciplinarias, la problemática más común que se plantea lo es a propósito de las retribuciones dejadas de percibir en los casos de anulación de sanciones de suspensión de funciones o de separación del servicio.

Por lo general, no se plantean problemas en relación con los conceptos retributivos que no están ligados al desempeño de un puesto de trabajo, pero sí en los que se perciben únicamente en tanto que efectivamente se desempeña el puesto.

Los criterios se recogen en el vigente artículo 98.4 del EBEP; si bien se establecen en relación con los supuestos de suspensión provisional, lo cierto es que pueden ser aplicados de forma analógica a los casos en que se anula la resolución sancionadora que lleva aparejada la suspensión de funciones.

Concretamente, el citado artículo 98.4 del EBEP establece que “si la suspensión provisional no llegara a convertirse en sanción definitiva, la Administración deberá restituir al funcionario la diferencia entre los haberes realmente percibidos y los que hubiera debido percibir si se hubiera encontrado en plenitud de derechos”, en tanto que el párrafo tercero del mismo

13. Así se expresa en el ATSJ de Cataluña, Sección Cuarta, de 11 de mayo de 2007 (Recurso 2514/1998), en relación con una declaración de no apto en una prueba práctica dentro de un proceso selectivo, cuya segunda decisión fue la misma, sin mayor motivación, entendiéndose que en este caso es necesario un plus por existir una previa anulación del acto que deriva en un mayor control jurisdiccional en sede de ejecución de la sentencia anulatoria.

artículo 98.4 dispone que “cuando la sanción no sea declarada firme, el tiempo de duración de la misma se computará como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de suspensión”. Este criterio indemnizatorio es perfectamente trasladable a los supuestos en que la sanción definitiva se anula en vía jurisdiccional, de manera que puede afirmarse que el criterio general será el de que el funcionario debe percibir la liquidación correspondiente a las retribuciones que hubiera percibido efectivamente si hubiera seguido en servicio activo.

Desde esta perspectiva, y en relación con el montante de la indemnización del funcionario ilícitamente sancionado, puede incluirse sin ningún problema la cantidad correspondiente al complemento específico asignado al puesto de trabajo, por cuanto se trata de un complemento objetivo, que en todo caso debe ser percibido si el empleado se encuentra en plenitud de derechos.¹⁴

Mayores dificultades suscita el resto de retribuciones ligadas al efectivo desempeño del puesto de tra-

bajo, como son el complemento de productividad o los diferentes tipos de pluses (jornada, horario nocturno, fin de semana, etc.). Aquí los complementos se aplican en función de las circunstancias subjetivas del empleado público, de manera que, partiendo de que la condición para percibirlos es la de que al empleado público le habrían correspondido si se hubiera encontrado en plenitud de derechos, parece claro que habrá de contrastarse si en el periodo anterior a la imposición de la sanción el interesado venía percibiendo tales retribuciones de naturaleza subjetiva, de forma que solo podrá ser indemnizado por tales conceptos si efectivamente los venía percibiendo regularmente en dicho periodo anterior.¹⁵

En relación con los intereses de las retribuciones dejadas de percibir, resulta claro que la indemnización debe comprender el interés legal de las cantidades que no se han abonado, y que el *dies a quo* es el momento en que se debió percibir la cantidad, puesto que solo de esta forma se puede lograr la plena indemnidad que se deriva del artículo 98.4 del EBEP.

Mayores problemas plantean en esta materia las **sanciones reflejas o sucesivas**, es decir, aquellas que

14. La STSJ de Cataluña, Sección Cuarta, de 13 de noviembre de 2009, dictada en recurso de apelación número 254/2007 (ponente Sra. Pérez Borrat), en su fundamento quinto, se refiere a la procedencia de incluir el complemento específico en las retribuciones dejadas de percibir tras la anulación de una sanción de separación de servicio, expresando lo siguiente: “... el complemento específico que está ‘destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo’. Estamos aquí ante un complemento objetivo. Nada tiene que ver la actividad o voluntad del funcionario sino con el puesto que ‘efectivamente’ se desempeñe o haya de desempeñar. Porque la indemnización que se ha de reconocer al funcionario que se ha visto ilegalmente privado de tal desempeño –aunque sea por razones competenciales, como es el caso– no puede depender de algo que no está en sus manos, es decir, el funcionario, en este caso, no pudo desempeñar efectivamente el puesto por habersele impuesto una sanción de separación del servicio que, recurrida, fue declarada nula de pleno derecho por esta jurisdicción. Luego, en este punto el incidente sí ha de ser estimado y el derecho a percibir las cantidades que, por tal concepto, le correspondan debe serle reconocido, procediendo su liquidación en ejecución de esta resolución la cual habrá de comprender las cantidades dejadas de percibir por la ejecución de la sanción en los mismos términos que las demás retribuciones reconocidas en el Auto que se impugna, cantidad que se liquidará en ejecución de sentencia y que devengará los intereses que correspondan...”.

15. A esta conclusión parece que se llega también en el fundamento cuarto de la STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2009 arriba citada, cuando expresa: “... Respecto al complemento de productividad y a los pluses de jornada y fines de semana, no cabría la menor duda en reconocérsele al demandante si este en algún momento anterior a la imposición de la sanción los hubiera percibido. Pero no es el caso. Estos conceptos retributivos no se aplican indiscriminadamente a todos los funcionarios, sino solo a aquellos que, por ejemplo, en relación a la productividad, desempeñen su puesto de trabajo con un especial rendimiento, desarrollen una actividad extraordinaria o evidencien un interés o iniciativa en el desempeño superior a la ordinaria. Es cierto que el actor no pudo desempeñar su puesto de trabajo (ni de forma ordinaria ni de forma extraordinaria) por la imposición de la sanción. Pero también lo es que el actor no acredita –y ello se niega por la contraparte– que en algún momento de la relación funcional con el Consistorio se le hubiera abonado tal concepto. Por ello, entiende el Tribunal que cuando se actúa una vía indemnizatoria de esta naturaleza lo que no se puede es hacer nacer derechos que no se habían tenido antes, a pesar de que estamos ante un concepto retributivo complementario que no se consolida y que varía –o puede variar– en cada periodo de tiempo. En definitiva, no es razonable pensar que el actor, de haber continuado con el desempeño de su puesto de trabajo –desempeño interrumpido por la imposición de la sanción–, lo hubiera desempeñado concurriendo alguna de las circunstancias previstas en la norma. Y estos razonamientos sirven también para los dos pluses que se reclaman en la medida en que tampoco se reconocen a todos los funcionarios sino solo a aquellos que aumentan su jornada y a aquellos que prestan servicios en fines de semana, prolongando así también su servicio efectivo, y que, desde luego, se asume voluntariamente por cada funcionario...”.

se imponen con posterioridad a un pronunciamiento jurisdiccional que las anula.

Aquí debe distinguirse entre las sanciones que se anulan por cuestiones de competencia o de procedimiento, y aquellas que se anulan por cuestiones de fondo.

Parece claro que, tratándose de anulaciones por razones materiales, la potestad disciplinaria ya se ha agotado, por lo que no es posible volver a incoar un procedimiento sobre los mismos hechos.

Sin embargo, cuando la anulación se produce por razones formales, no siempre aparece con tal claridad la cuestión, especialmente en los casos en que se anula la sanción por un defecto subsanable o por falta de competencia del órgano sancionador, como es el caso, tratándose de Administraciones locales, de anulación de sanciones de separación del servicio impuestas por el alcalde que posteriormente son impuestas por el Pleno.

Desde el punto de vista procesal, parece que estos casos quedan al margen de lo que es propiamente la ejecución de sentencia, por cuanto se produce una nueva resolución sancionadora, impugnabile autónomamente, que constituye lo que antes hemos denominado una cuestión nueva. Desde la perspectiva teórica, la actividad de ejecución de una sanción de separación del servicio implica la necesidad de reintegrar al funcionario a su puesto y abonarle los salarios dejados de percibir, de tal manera que si se produce una nueva resolución sancionadora debiera impugnarse autónomamente.

Sin embargo, juega el límite establecido en el artículo 104.4 de la LJCA cuando nos dice que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento. No obstante, la finalidad espuria de la nueva actividad habrá de manifestarse en el incidente para que pueda ser objeto de pronunciamiento anulatorio en sede de ejecución de sentencia, puesto que en otro caso deberá iniciarse un nuevo recurso contencioso-administrativo donde, con plenitud de garantías, habrá de revisarse la legalidad del ulterior acto independiente.

Cuestión distinta son los supuestos en que exista una sucesión de resoluciones sancionadoras referidas

a un mismo funcionario en relación con hechos distintos, cuya problemática no es residenciable en sede de ejecución de sentencia, al margen de que puedan existir situaciones incardinables en el ámbito del acoso laboral o moral.

2.5. Ejecución de sentencias de condena dineraria

En el ámbito de la función pública, la ejecución de las sentencias de condena dineraria tiene como denominador común la problemática relativa a los intereses, especialmente cuando la Administración no cumple con prontitud el pronunciamiento del fallo.

En principio, la regla general de devengo de intereses establecida en el artículo 106.2 de la LJCA no plantea una conflictividad especial, por lo que los conflictos se concentran sustancialmente en el supuesto del interés incrementado en dos puntos al que se refiere el artículo 106.3 de la LJCA.

En el caso de condena al pago de cantidades, lo cual es relativamente frecuente en las sentencias estimatorias en materia de función pública, la jurisprudencia viene valorando fundamentalmente la falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación en relación con los supuestos de dilación temporal en el pago, entendiendo que en estos casos es carga de la Administración demostrar su diligencia para que no exista causa de imposición de estos dos puntos adicionales sobre los intereses legales.

En relación con el *dies a quo* del interés por falta de diligencia, el Tribunal Supremo viene estableciendo que el incremento de dos puntos en el interés legal del dinero al que se refiere el artículo 106.3 de la LJCA debe computarse desde la fecha de la notificación del auto que fija el citado interés penitencial.¹⁶ Ello no obstante, en algunos casos, como en el de la STS de 7 de junio de 2006,¹⁷ retrotrae el *dies a quo* a un momento anterior, cuando ha existido una inactividad dilatada de la Administración, entendiendo que en ese caso es el momento en que se dicta la sentencia firme el que determina el requisito establecido en el inciso último del artículo 106.3 de la Ley jurisdiccional para el abono del interés incrementado en dos puntos.

16. Vid. ATS de 12 de junio de 2002 (Rec. 455/1997). En el mismo sentido, ATS de 9 de marzo de 2004.

17. Recurso 296/2003; ponente Sr. Lecumberri Martí.

3. La extensión de efectos de las sentencias en materia de personal

Una de las singularidades que presenta la ejecución de sentencias en materia de función pública, es la posibilidad de que extiendan sus efectos a terceros que no fueron parte en el proceso, mediante la institución de la extensión de efectos regulada en el artículo 110 de la LJCA.

El artículo 110 de la LJCA, en su redacción dada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, establece que en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo; b) que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación jurídica individualizada; y c) que soliciten la extensión de efectos en el plazo de un año desde la última notificación de esta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de la ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a este.

Tras la reforma, la solicitud ha de dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos (apartado 2). A esta petición al órgano jurisdiccional, que habrá de realizarse en escrito razonado, se acompañarán el documento o los documentos que acrediten la identidad de situaciones

o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5 (apartado 3).

La operatividad de la extensión de efectos está en función de la interpretación que se realice de los supuestos que habilitan su aplicación, y en este punto tanto la propia evolución legislativa, como posteriormente la interpretación del Tribunal Supremo, han venido introduciendo elementos que dan una mayor rigidez a la aplicación de la institución.

Desde el punto de vista legislativo, la ya citada reforma de la Ley 19/2003 introdujo una exclusión no prevista inicialmente como es la del acto consentido, estableciendo el artículo 110.5, apartado c, de la LJCA que se desestimará el incidente “si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo”.

En vía interpretativa, la limitación más importante viene determinada por la interpretación del concepto “idéntica situación jurídica”, que es el que habilita la aplicación del instituto de la extensión de efectos.

En relación a este esencial requisito, el Tribunal Supremo ha venido interpretando que la situación jurídica entre el interesado y el favorecido por el fallo ha de ser idéntica, y no equivalente o semejante;¹⁸ en base a esta interpretación, el artículo 110 de la LJCA no permite considerar que se encuentran en idéntica situación jurídica los funcionarios que han recurrido en tiempo un acto administrativo expreso, que les exigía determinada conducta, y aquellos otros que lo han consentido, al no impugnarlo en tiempo, por lo que no procede otorgar a estos últimos la extensión de los efectos de la sentencia obtenida por quienes lo impugnarón.

18. La doctrina interpretativa se resume en la STS de 7 de febrero de 2011 (Recurso: 662/2009; ponente Sr. González Rivas) en los siguientes términos: “La jurisprudencia reiterada de esta Sala y Sección señala que el artículo 110.1.a) de la LJCA es terminante en cuanto exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, pues lo único que estamos haciendo es cumplir lo que en dicho precepto, concretamente, en su apartado 1 a) se establece: que solo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas. En el caso examinado, al haberse formulado la solicitud de extensión de efectos el 23 de noviembre de 2005, es decir con posterioridad a la entrada en vigor, el 15 de enero de 2004, de la Ley orgánica 19/2003, que da nueva redacción al artículo 110.5 de la Ley jurisdiccional ha de entenderse que aquella debía ser desestimada si como aquí sucede, para las interesadas se hubiere dictado resolución que habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo, pues ni interpusieron recurso contencioso-administrativo contra las liquidaciones efectuadas por la Administración –que son verdaderos actos administrativos con independencia de que se dictaran para el cumplimiento de las sentencias previamente dictadas con las que hoy muestran discrepancia–, ni a diferencia de las favorecidas por el fallo de la sentencia dictada en el recurso 999/00 (y 1065/00 acumulado) cuya extensión de efectos pretenden, ante el eventual rechazo de su pretensión de abono en ejecución de sentencia efectuaron solicitud alguna a la Administración, ni actuación posterior hasta el momento en que solicitaron la extensión de los efectos a la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid...”.

Por tanto, para que pueda darse la extensión de efectos se requiere, o bien que no haya existido acto previo, o bien que, habiendo reclamado el funcionario, no haya recaído aún resolución administrativa o esta no sea firme; o que frente a la resolución administrativa desestimatoria haya interpuesto recurso contencioso-administrativo.

No basta únicamente con que un determinado colectivo o grupo de funcionarios se encuentre en idéntica situación (*v. gr.* retribuciones, encuadramiento en un Grupo de clasificación, niveles que se les asignan, complementos a los que se creen con derecho, igualdad que reclaman respecto a otro grupo o colectivo de funcionarios por la igualdad de sus servicios, u otros supuestos semejantes que pueden presentarse en el desarrollo de la relación estatutaria), sino que, además, es necesario: a) bien que no haya existido previamente un acto administrativo que les haya exigido una conducta determinada; b) bien que hayan recurrido en vía administrativa y no haya alcanzado firmeza; o c) bien que hayan impugnado el acto definitivo en vía jurisdiccional.

4. Ejecución de sentencias y responsabilidad patrimonial

El solapamiento entre algunas cuestiones relativas a la ejecución de sentencias en materia de personal y cuestiones propiamente de responsabilidad patrimonial, hace necesario, en primer lugar, deslindar lo que es materia propia o específica de la ejecución y lo que queda extramuros de la misma, desarrollándose en el plano de la responsabilidad patrimonial.

a) Responsabilidad patrimonial del Estado legislador y extensión de efectos: Un primer aspecto que debe ser objeto de precisión son los supuestos de delimitación entre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y la extensión de efectos del artículo 110 de la LJCA.

Como se ha indicado anteriormente, la vía de la extensión de efectos del artículo 110 de la LJCA no puede instarse por aquellos funcionarios públicos que, hallándose en idéntica situación jurídica, no han iniciado la vía impugnatoria contra el acto administrativo cuya extensión se pretende. Sin embargo, cuando la anulación del acto deriva de la inconstitucionalidad de la ley, estamos ante un supuesto de hecho distinto al de la extensión de efectos, puesto que aquí lo que realmente se produce es un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

El tratamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la declaración de inconstitucionalidad de una Ley o norma con fuerza de Ley puede equipararse a un supuesto de funcionamiento anormal del poder legislativo, en tanto que no se ha sujetado en el ejercicio del poder al principio de jerarquía normativa que impone el propio texto constitucional. El poder legislativo no es ilimitado, sino que ha de sujetarse a los procedimientos y contenidos esenciales establecidos en la norma constitucional, de tal manera que un ejercicio del poder no conforme a tales procedimientos y contenidos esenciales es una especie de “funcionamiento anormal”.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional es quien tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad, la cual produce efectos retroactivos en el caso de procesos penales o sancionadores de los que resulte una exclusión, exención, limitación o reducción de la pena o de la sanción. En los demás casos, la cosa juzgada juega como límite para la revisión de los actos de aplicación de la Ley.

Dentro de estos límites, hay una zona de discrecionalidad donde el Tribunal Constitucional puede conformar los efectos de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de Ley. A partir de la Sentencia 45/1989, el Tribunal Constitucional ha venido fijando el denominado “efecto prospectivo” de la declaración de inconstitucionalidad, lo que supone que los efectos de la anulación se producen desde la misma sentencia que declara la inconstitucionalidad, extendiendo la consideración de irrevisables a los actos administrativos firmes.

En el caso de que el Tribunal Constitucional no haya fijado los límites temporales de la declaración de inconstitucionalidad, existe una doctrina reiterada del Tribunal Supremo que indica que, cuando la sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno conforme al artículo 40.1 LOTC, corresponde a los jueces y tribunales ante quienes se suscite la controversia decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad. En estos casos, el Tribunal Supremo ha venido fijando los efectos temporales de la sentencia, con el consiguiente pronunciamiento en orden a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Trasladando tales consideraciones a la materia de personal, debemos distinguir dos situaciones como serían la del supuesto en que existe un reconocimiento de una situación jurídica individualizada, como conse-

cuencia de la anulación de un acto, la cual debe canalizarse por la vía de la extensión de efectos del artículo 110 de la LJCA en el caso de que se den los requisitos establecidos en el precepto, y el supuesto en que una determinada situación jurídica individualizada proceda de la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de Ley, caso en el que, sin perjuicio de poder instarse la extensión de efectos del artículo 110 de la LJCA si se dan los requisitos, nace una acción autónoma de responsabilidad patrimonial que sigue el régimen jurídico establecido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, si bien puede ser modulada por el Tribunal Constitucional en sede de sentencia, cuando determina los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

b) Consecuencias jurídicas para terceros de la estimación de un recurso: Un segundo criterio para deslindar el supuesto de hecho de responsabilidad patrimonial del de ejecución de sentencias de personal, radica en el propio objeto del proceso delimitado en las pretensiones deducidas en el escrito de demanda.

Ello permite fijar un criterio de exclusión cierto de la actividad de ejecución de sentencias, en el sentido de que los terceros que se ven afectados en su esfera de derechos e intereses por el pronunciamiento anulador en cuestiones que quedan fuera del objeto del proceso, solo podrán iniciar, en su caso, la vía de la responsabilidad patrimonial cuando se den los requisitos y condiciones del artículo 142 de la Ley 30/1992.

El fundamento legal de dicha responsabilidad está en el régimen establecido en los artículos 139 a 145 de la Ley 30/1992, contemplando específicamente el artículo 142.4 el supuesto de hecho de responsabilidad por anulación de actos administrativos.

c) La responsabilidad patrimonial derivada de la anulación y la actividad de ejecución: Sin duda, el supuesto que presenta mayores dificultades es el de diferenciar, en caso de sentencias estimatorias, cuáles son las cuestiones que pueden solventarse en el propio proceso, en sede de ejecución, por pertenecer a su objeto, de aquellas otras derivadas de la anulación del acto impugnado que deben hacerse valer, en su caso, por la vía de la responsabilidad patrimonial contemplada en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992.

Un primer supuesto es el caso de anulación de procesos selectivos donde una parte o terceras personas ven frustradas sus expectativas de acceso o promoción como consecuencia de la anulación de la actividad administrativa.

Aquí viene distinguiéndose entre aquellos supuestos en que la anulación es imputable únicamente a la

Administración, que en principio puede dar lugar a un pronunciamiento de responsabilidad patrimonial, en relación a los casos en que el defecto o vicio emana también del funcionario afectado (*v. gr.* caso de participación sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria), en cuyo caso existe un acto propio no conforme a Derecho que rompe necesariamente el nexo causal entre la actuación administrativa y la causación del daño a cuya existencia la jurisprudencia condiciona la posibilidad del resarcimiento.

Otro campo donde la cuestión se presenta compleja es el disciplinario, donde el deslinde entre ejecución y responsabilidad patrimonial presenta en ocasiones perfiles difusos.

Para delimitar los supuestos, lo primero que debe subrayarse es que la acción de responsabilidad patrimonial es acumulable potestativamente a la pretensión anulatoria de la sanción, de manera que estamos ante un supuesto de acumulación de acciones potestativo para el demandante. En caso de acumularse las acciones, el pronunciamiento sobre responsabilidad patrimonial se realiza por el propio juez o tribunal que revisa la sanción, incluyéndose dentro del objeto del recurso contencioso-administrativo, por lo que las discrepancias que puedan surgir en ejecución deben solventarse en el propio proceso.

En el caso de no acumularse acciones y prosperar la pretensión anulatoria de la sanción, el perjudicado tiene la opción de ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial por la vía de los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, para lo cual debe instar el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial ante la Administración.

Este segundo proceso de responsabilidad patrimonial no será necesario en los supuestos en que la resolución anulatoria tenga como efecto necesario un reintegro de retribuciones, como es el caso de sanciones con contenido económico, donde, generalmente, no hay propiamente pronunciamiento de responsabilidad patrimonial, sino que la indemnización deriva del efecto mismo de la anulación, lo que se concreta en el abono de las retribuciones dejadas de percibir incrementadas con los intereses, como se ha visto anteriormente.

El problema se plantea en sanciones de contenido no económico, como es el caso de los apercibimientos o amonestaciones, o la de traslado forzoso, y, con mayor intensidad, cuando se trata de reclamar un daño moral derivado de la anulación de la sanción.

En este ámbito, se plantean dos temas de especial interés, que trataremos sucintamente, a modo de apunte.

Por una parte, un primer tema de especial relevancia sería el deslinde genérico de los supuestos en que, en hipótesis, el daño derivado de la anulación puede ser indemnizable, lo que presenta especial controversia en los casos en que la anulación de la sanción se funda en infracciones formales.

En concreto, la cuestión esencial es determinar si, al margen del pronunciamiento anulatorio, la conducta del perjudicado puede tener relevancia para valorar la antijuridicidad del daño, es decir, si la conducta dolosa o culposa del interesado puede romper el nexo causal entre el funcionamiento anormal de la Administración que supone el ejercicio patológico de la potestad sancionadora y el daño sufrido por el sancionado.

Este problema presenta varias facetas de discusión muy interesantes, por lo que solo apuntaremos, a modo de síntesis, tres cuestiones que podrían dar algún motivo de reflexión sobre esta materia: a) en primer lugar, la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto no está exceptuada del régimen general establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, por lo que la conducta del perjudicado puede romper el nexo causal en los casos en que ha actuado con dolo o negligencia; b) en segundo lugar, habría de distinguirse las anulaciones que dejan imprejuizado el hecho (*v. gr.* infracción esencial del procedimiento) de aquellas otras en que es posible fijar los hechos probados (*v. gr.* prescripción o caducidad); en este último caso, la conducta dolosa o culposa del perjudicado podría ser relevante para romper el nexo causal; y c) por último, el pronunciamiento de responsabilidad patrimonial es un pronunciamiento de plena jurisdicción, si bien limitado por los efectos de la cosa juzgada si hubo un proceso anterior, por lo que no puede volverse a juzgar el acto anulado cuando la acción se ejercita de forma autónoma.

Un segundo tema que suscita especial controversia es el de la definición del daño indemnizable, especialmente en el caso del daño moral. En relación con esta cuestión, la jurisdicción viene manejando criterios más amplios en orden a la apreciación del daño moral, indicando que la prueba del daño moral es innecesaria, fundamentándolo en que el cumplimiento de una sanción a la postre anulada supone una innegable aflicción moral, así como un perjuicio y descrédito profesional para el sancionado.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones con referencia a daños y perjuicios que ha sufrido en su honor un funcionario ilícitamente sancionado, entendiendo genéricamente que el fallo de sentencia anulatoria de la sanción, la cancelación de esta en la hoja de servicios y el reintegro retributivo suponen reparación suficiente. Es el criterio general que se recoge, entre otras muchas, en la STS de 22 de mayo de 2001, que indica que la anulación de sanción disciplinaria conduce a la desestimación de los daños morales, pues ellos se resarcan suficientemente, cualquier daño moral emergente del acto, por la sentencia anulatoria.

También se ha pronunciado reiteradamente sobre la improcedencia de incluir en el daño indemnizable los daños y perjuicios derivados de gastos de abogado y procurador, con el argumento de que iría en contra de la autoridad de cosa juzgada del previo pronunciamiento sobre costas.

Ello no obstante, pueden plantearse hipótesis de daño indemnizable derivado de la anulación de una sanción disciplinaria, como en el caso en que existen circunstancias singulares como puede ser la especial trascendencia de la sanción frente a terceros o el daño psíquico acreditado.¹⁹

19. En este sentido, puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 30 de mayo de 2006 (Recurso número 524/2003), que acoge una pretensión de daño moral en los siguientes términos: "... entendemos que la sanción sí pudo producir un menoscabo profesional y moral en el demandante, en tanto que se ve sujeto a un expediente disciplinario durante aproximadamente un año, con trascendencia para terceros, que finaliza con una sanción de cuatro meses de suspensión, que es ejecutada, lo cual supone que durante ese tiempo el demandante dejó de prestar servicios, a la vez que se produjo lógicamente un padecimiento psicológico en la persona sujeta al procedimiento disciplinario, aquí diagnosticado en forma de trastorno de adaptación con síntomas ansiosos, y un menoscabo en la consideración social y profesional, y en sus expectativas de promoción durante el tiempo en que se tuvo que cumplir la sanción. Este daño, de carácter moral, es siempre difícil de cuantificar debiendo tomarse como referencia el daño acreditado, la entidad de la sanción impuesta y los perjuicios derivados de su ejecución. Tomando como referencia estos parámetros, debe fijarse una cantidad a tanto alzado por este concepto, que este Tribunal estima justa en la cantidad de doce mil euros, entendiendo en este sentido como totalmente desproporcionada la cuantificación del daño que se realiza en la demanda, y concluyendo que esta cantidad se ajusta a los daños acreditados y a las demás circunstancias que concurren en el hecho que genera la responsabilidad, teniendo en cuenta, como factores moderadores, la propia reparación que supone la anulación de la sanción y los efectos inherentes a la misma".

5. Apuntes conclusivos

Del estudio realizado en relación a la ejecución de sentencias en materia de personal podemos concluir, en primer lugar, que las mayores dificultades de la ejecución las origina generalmente la falta de precisión de la sentencia, la cual en ocasiones viene motivada por la inconcreción de la demanda y excepciones esgrimidas en el proceso, todo lo cual acentúa los problemas en la ejecución forzosa de la sentencia.

En materia de personal, la problemática más acusada se presenta en los casos de anulación de procesos selectivos de ingreso o promoción, que alcanza mayor intensidad en los casos en que se han consolidado situaciones jurídicas por parte de otros concursantes por el principio de ejecutividad del acto administrativo. En estos casos, habría que barajar la posibilidad de dar una respuesta judicial más ágil, especialmente por la vía del señalamiento preferente para este tipo de asuntos debido a su excepcional naturaleza por los intereses en juego. Quizás ello permitiera dar un mayor juego aplicativo a las medidas cautelares, que, en muchos casos, evitaría situaciones de complejidad en sede de ejecución.

Las normas procesales de ejecución de sentencias no favorecen la resolución de las cuestiones que se plantean en materia de personal, en ocasiones muy complejas debido a que alcanzan a terceros, especialmente cuando se trata de procesos selectivos de concurrencia competitiva con pluralidad de interesados.

Finalmente, cabe deslindar tres conceptos: actividad de ejecución, cuestiones nuevas y responsabilidad patrimonial derivada del pronunciamiento anulatorio, campos estos que marcan los diferentes cauces procesales que deben utilizarse. ■

26_{QDL}

Jurisprudencia



Los entes locales ante el Tribunal Supremo

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Magistrado del Tribunal Supremo

- 1. Introducción: La delimitación de la función de intérprete del Derecho local que corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**
- 2. Directrices jurisprudenciales relativas a las entidades locales**
 - 2.1. Recurso contencioso-administrativo
 - 2.1.1. Las corporaciones locales no pueden ser apartadas de un proceso contencioso-administrativo que concierne a intereses de la colectividad local.
 - 2.1.2. Los ayuntamientos deben acreditar diligentemente la voluntad de ejercitar acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante la aportación de certificación del acuerdo del Pleno de la Corporación.
 - 2.1.3. Los miembros electos de las corporaciones locales están legitimados para impugnar acuerdos municipales en materia urbanística, aunque no hubieran votado en contra de su adopción.
 - 2.1.4. La Administración local no puede utilizar el cauce procesal previsto en el artículo 29 LJCA para pretender de un ente público el cumplimiento de obligaciones que exigen la tramitación de un procedimiento
 - 2.2. Potestad normativa de los entes locales
 - 2.2.1. Los ayuntamientos pueden regular mediante Ordenanza la circulación en bicicleta por las zonas habilitadas como "carril bici".
 - 2.2.2. La legalidad de las ordenanzas municipales que limitan la instalación de antenas de radiocomunicación por razones medioambientales o paisajísticas.
 - 2.2.3. Los ayuntamientos no pueden alterar mediante la aprobación de una Ordenanza municipal determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana
 - 2.3. Derecho Tributario y Fiscal: La base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras respecto de las instalaciones de parques eólicos, comprende el coste de todos los elementos necesarios para la captación de energía que figuren en el proyecto para el que se solicita licencia municipal de obras y carecen de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada
 - 2.4. Derecho subvencional
 - 2.4.1. La denegación de ayudas públicas a un Ayuntamiento no tiene carácter sancionador.
 - 2.4.2. Los ayuntamientos tienen derecho a que la Administración concedente resuelva la solicitud de subvención.
 - 2.4.3. El control fiscalizador del cumplimiento por la Administración local de los fines que justificaron el otorgamiento de la subvención debe realizarse conforme al principio de proporcionalidad
 - 2.5. Obras públicas: Los ayuntamientos deben manifestar su discrepancia formal con el proyecto de ejecución de una infraestructura a los efectos de suscitar el procedimiento de coordinación de competencias con el Estado
 - 2.6. Función pública local
 - 2.6.1. Los funcionarios locales tienen derecho a percibir gratificaciones por la realización de horas extraordinarias.
 - 2.6.2. Las primas de las pólizas de seguros de vida o de accidentes contratadas por un Ayuntamiento en favor de sus funcionarios no tienen el carácter de retribución
 - 2.7. Seguridad pública y protección civil: Los ayuntamientos afectados por la instauración de planes directores correspondientes a planes de emergencia nuclear, tienen derecho a ser oídos en el procedimiento de elaboración de la disposición, sin que pueda ser suplantada su participación por la intervención de la Federación Española de Municipios y Provincias
- 3. Epílogo: La defensa de los principios constitucionales de democracia local y autonomía local por el Tribunal Supremo**

Resumen

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo comparte con los tribunales superiores de justicia la función de intérprete del ordenamiento de régimen local, articulándose las respectivas competencias casacionales de unificación de doctrina en base a que en los recursos se denuncie la infracción del Derecho estatal de régimen local o el Derecho autonómico local.

El Tribunal Supremo sigue, sin embargo, asumiendo una posición prevalente en la interpretación de los conceptos nucleares que vertebran e informan el Derecho local, como se descubre en la exposición de las directrices que se infieren de sus sentencias, que interesan a la delimitación de la potestad normativa local, el estatuto de los electos locales o el alcance de las competencias de los entes locales.

El Tribunal Supremo reconoce de forma expansiva la garantía institucional de la autonomía local, al considerar que los ayuntamientos asumen un ámbito de decisión propio en materia de ordenación urbanística, que les faculta para convocar y celebrar consultas populares de vecinos en esta materia, cumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 71 de la Ley reguladora de las bases de régimen local.

Palabras clave: *Tribunal Supremo; tribunales superiores de justicia; jurisprudencia; principio de autonomía local.*

Abstract

The administrative section of the Supreme Court and the Superior Courts of Justice of Autonomous Communities are the interpreters of the local legal system. The distribution of competences between them depends on whether the claim is based on federal or state law.

However, the Supreme Court has a superior position when interprets the fundamental concepts and the basis of the local legal system. This position could be inferred from its case law related to the configuration of the normative power of local entities, the status of local representatives and the scope of the competences that local entities have.

The Supreme Court recognizes, extensively, local autonomy as an institutional guarantee and, therefore, it considers that local entities have capacity to decide in the area of town planning. In this regard, local entities are able to celebrate local referendums in this area in compliance with the requirements established in section 71 of Law on the Basis of Local System.

Keywords: Supreme Court; Superior Courts of Justice of Autonomous Communities; case law; local autonomy.

1. Introducción: La delimitación de la función de intérprete del Derecho local que corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

A la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo le corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución y el artículo 58 de la Ley orgánica del poder judicial, como órgano superior del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la función de interpretación uniforme del ordenamiento jurídico de régimen local.

Pero esta consideración debe ser matizada, porque la configuración institucional de los tribunales superiores de justicia, según dispone el artículo 152 CE, como órganos en que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, y el reconocimiento de las competencias legislativas de las comunidades autónomas en materia de régimen local, según establece el artículo 148.1.2.^ª CE, restringen *ex Constitutione* las atribuciones competenciales de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para enjuiciar aquellos asuntos que versen sobre la interpretación y aplicación del Derecho pú-

blico de régimen local emanado de las comunidades autónomas.

La concepción constitucional del Estado de las autonomías, en su compenetración con la estructura orgánica-territorial de los tribunales de justicia, impone una comprensión “federalizante”, en su dimensión funcional, de la Administración de Justicia, que se revela coherente y congruente con la producción policéntrica de normas sobre régimen local que obliga a preservar la función casacional de los tribunales superiores de justicia en esta materia, y a delimitar la función casacional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a aquellos asuntos que versen sobre la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico estatal de régimen local (José Manuel BANDRÉS, *El Estatuto de Autonomía de Aragón y la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 1999).

La función de unificación de la interpretación del Derecho autonómico está reconocida a los tribunales superiores de justicia en los órdenes civil y contencioso-administrativo, desde la Ley orgánica del poder judicial de 1985 y la Ley de demarcación y planta de 1988, afirma el consejero de Estado Fernando Ledesma Bartret; criterio que se ha ratificado y potenciado en las nuevas leyes procesales de esos dos órdenes jurisdiccionales (*La justicia ante la reforma de los estatutos de autonomía*, Ed. Thomson/Aranzadi, Madrid, 2005, p. 98).

A estas formulaciones, que requieren la adaptación del poder jurisdiccional al Estado compuesto, se adhiere la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que en su artículo 86.4 exceptúa del recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo “las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia”, que “solo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”.

El Tribunal Supremo ha estimado, en constante y consolidada jurisprudencia, que carece de competencia para conocer de aquellos recursos de casación que

versen sobre la interpretación del Derecho local de una Comunidad Autónoma, salvo que se denuncie la infracción del Derecho estatal o comunitario europeo, sin que baste la alegación de normas procedimentales de carácter estatal o la invocación de preceptos constitucionales para que sea viable su prosecución.

Esta directriz jurisdiccional se formula en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2005 (RC núm. 5711/2002), que declara la admisión parcial del recurso de casación, promovido por el Ayuntamiento de Calldetenes contra una sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo contra el Decreto del Gobierno de la Generalidad de Cataluña, por el que se deniega la alteración parcial de los términos municipales de Vic y Calldetenes, respecto de aquellos motivos formulados con base en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, apelando a la infracción de la Ley procesal de carácter estatal, o planteados por la infracción de preceptos constitucionales, e inadmite aquellos motivos sustentados en la infracción de la legislación de régimen local de Cataluña, con la siguiente argumentación:

“Antes de abordar el examen de los motivos de casación articulados por el Ayuntamiento de Calldetenes recurrente, procede analizar las pretensiones de inadmisibilidad del recurso de casación que, de forma coincidente, se sustentan por el letrado de la Generalidad y por la defensa letrada del Ayuntamiento de Vic, al amparo del artículo 93.2 a), de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con los artículos 89.2 y 86.4 de la referida norma procesal, considerando que el escrito de preparación adolece de falta de justificación adecuada de la infracción de las normas del Derecho estatal, aducidas como motivos de casación, que hayan sido relevantes y determinantes del fallo recurrido.

“El artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, expresa que, en el supuesto previsto en el artículo 86.4, habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

“Por su parte, el artículo 86.4 de la referida Ley jurisdiccional afirma que las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las salas de lo

contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia solo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

“La finalidad institucional de estos preceptos orgánicos-procedimentales es preservar que el Tribunal Supremo, calificado por el artículo 123 de la Constitución de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, pueda asumir en monopolio la función de intérprete supremo del ordenamiento jurídico estatal, asegurando que a los tribunales superiores de justicia, que culminan la organización judicial en el territorio de cada Comunidad Autónoma, de conformidad con el artículo 152 de la Constitución, se les reserve el núcleo de atribuciones jurisdiccionales necesarias para asumir la posición institucional de intérprete supremo del derecho autonómico.”

Esta doctrina jurisprudencial excluyente de la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para conocer de aquellos recursos de casación que se funden en la infracción de normas del Derecho autonómico, se ratifica en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2007 (RC 7638/2002), con la siguiente argumentación:

“(…) De lo expuesto en los arts. 86.4 y 89.2 de la L.J. se desprende que las sentencias dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia solo son recurribles en casación cuando el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubiesen sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Luego a *sensu contrario*, cuando el recurso se funde en infracción de normas de Derecho autonómico, la sentencia no será susceptible de recurso de casación, que es, justamente, lo que aquí acontece. Ambos preceptos tienen inmediato antecedente en los arts. 93.4 y 96.2 de la L.J. de 1956, modificada por Ley 10/1992, de 30 de abril, que a su vez venían precedidos por lo que, antes de la introducción del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, disponía respecto de los recursos de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo

del Tribunal Supremo el art. 58 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y de planta judicial. De estos preceptos, interpretados en conexión con lo establecido en los arts. 152.1 párrafo segundo y tercero de la CE y 70 de la LOPJ se desprende el propósito legislativo de encomendar, en el orden contencioso-administrativo, a las salas correspondientes de los tribunales superiores de justicia de las respectivas CCAA la determinación de la interpretación última del derecho de procedencia autonómica. En coherencia con tal planteamiento, los arts. 99.1 y 101.2 de la L.J. atribuyen el conocimiento de los recursos de casación para unificación de doctrina fundados en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma y del recurso de casación en interés de la Ley en que se enjuicie la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de las CCAA que hayan sido determinantes del fallo recurrido, a órganos jurisdiccionales que no son la Sala Tercera del Tribunal Supremo sino las salas de los tribunales superiores de justicia constituidas con la composición prevista, respectivamente, en los arts. 99.3 y 101.3 de la L.J.. La aplicación de esta doctrina a nuestro caso justifica la improcedencia de examinar la cuestión de fondo por estar total, íntegra y exclusivamente regulada por el Derecho autonómico valenciano, lo que nos impone devolver las actuaciones al Tribunal de instancia.”

2. Directrices jurisprudenciales relativas a las entidades locales

2.1. Recurso contencioso-administrativo

2.1.1. Las corporaciones locales no pueden ser apartadas de un proceso contencioso-administrativo que concierne a intereses de la colectividad local

La legitimación de las entidades locales para entablar acciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, tiene un doble fundamento en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, derivada de su condición de “personas (...) jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo”, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.1 a) LJCA, y, específicamente, como personas jurídico-públicas de carácter territorial, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, derivados de la Administración del Estado

o de las Administraciones de las comunidades autónomas, según establece el artículo 19.1 e) LJCA.

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2010 (RCA núm. 546/2007), reconocimos la legitimación activa del Ayuntamiento de Penagos para recurrir el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de mayo de 2007, que aprueba el proyecto de ejecución de la línea aérea eléctrica “Penagos-Güeñes”, con base en la aplicación del artículo 19.1 a) LJCA, rechazando que se pueda denegar el acceso a los tribunales de justicia de una Corporación local, cuando el recurso contencioso-administrativo verse sobre intereses legítimos de la colectividad local, con los siguientes razonamientos:

“(…) La pretensión de inadmisión del recurso contencioso-administrativo que postula el abogado del Estado debe rechazarse, puesto que consideramos que no concurre la causa de inadmisibilidad establecida en el artículo 69 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de haberse interpuesto por persona no legitimada, ya que apreciamos la existencia de legitimación activa del Ayuntamiento de Penagos para recurrir el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de mayo de 2007, que, como hemos referido, aprueba el proyecto de ejecución de la línea eléctrica aérea que transcurre por su término municipal, en la medida en que existe un vínculo entre el Ayuntamiento accionante, que asume la defensa de los derechos e intereses legítimos de la colectividad local, y las pretensiones que delimitan el objeto del proceso contencioso-administrativo, ya que la revisión jurisdiccional del Acuerdo gubernamental podría garantizar una protección específica, adecuada y efectiva del medio ambiente afectado.

“Debe significarse, que, contrariamente a la tesis restrictiva que propugna el abogado del Estado, la legitimación activa de una entidad local no se corresponde exclusivamente con el supuesto contemplado en el artículo 19.1 e) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ‘para impugnar aquellos actos y disposiciones que afectan al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u órgano público, en defensa de sus potestades y competencias’, sino también, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19.1 a) del referido Cuerpo legal, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, se extiende a recurrir en la vía contencioso-administrativa aquellos actos que

atañen a intereses de carácter municipal, aunque no supongan una invasión de las competencias municipales, que se vincula a la noción de ‘ostentar un derecho o interés legítimo’.

“Debe recordarse, a estos efectos, que la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, según se deduce de la doctrina de esta Sala (STS de 14 de octubre de 2003 [R 56/2000], de 7 de noviembre de 2005 [R 64/2003] y de 13 de diciembre de 2005 [R 120/2004]), así como de la jurisprudencia constitucional (STC 65/94), implica, en el proceso contencioso-administrativo, la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto (SSTC 105/1995, de 3 de julio, F. 2; 122/1998, de 15 de junio, F. 4 y 1/2000, de 17 de enero, F. 4), de modo que procede rechazar la objeción procesal de inadmisión del recurso contencioso-administrativo suscitada, atendiendo a las circunstancias concretas de este supuesto, en que está plenamente justificada la legitimación *ad causam* del Ayuntamiento de Penagos para impugnar un Acuerdo gubernamental, concerniente a la ejecución del proyecto de construcción de una línea eléctrica que transcurre por su término municipal y que afecta directamente a la protección de intereses paisajísticos y medioambientales, cuya competencia se reconoce a los entes locales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

“(…)”

“Entendemos por ello, que en el proceso sometido a nuestra jurisdicción, que concierne a asuntos medioambientales, no procede denegar el acceso a la justicia de la Corporación local recurrente, por ser contrario a los presupuestos inspiradores de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), que promueve, en concordancia con lo dispuesto en el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998, y las directivas 2003/4/CE

y 2003/35/CE 'asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial, la efectividad de los derechos de información y participación', reconociendo el derecho de impugnar en vía contencioso-administrativa cualquier acto u omisión imputable a una autoridad pública que suponga una vulneración del medio ambiente."

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2010 (RCA 217/2007), se da respuesta a la pretensión de inadmisibilidad parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de febrero de 2007, por el que se declara de utilidad pública y se aprueba el proyecto de ejecución de las líneas eléctricas aéreas en los tramos "Sentmenat-Bescanó" y "Vic-Bescanó", formulada por el letrado defensor de la parte demandada Red Eléctrica de España, S.A., con base en el argumento de que el Ayuntamiento de Taradell carecía de legitimación *ad causam*, por no haber acreditado que la anulación del acto en su integridad afecte a derechos e intereses legítimos propios que le corresponde tutelar, reconociendo la aptitud del Ayuntamiento accionante para pretender la declaración de nulidad del tramo del trazado de las líneas eléctricas aéreas que atraviesan el término municipal.

2.1.2. Los ayuntamientos deben acreditar diligentemente la voluntad de ejercitar acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante la aportación de certificación del acuerdo del Pleno de la Corporación

El artículo 45.2 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, exige a las personas jurídicas que interpongan un recurso contencioso-administrativo que aporten, entre otros documentos, el que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones, con arreglo a las normas o estatutos que les sean aplicables.

Por ello, con fundamento en esta disposición legal, se ha entendido que corresponde a las entidades locales que interpongan un recurso contencioso-administrativo la carga procesal de aportar el acuerdo del Pleno de la Corporación que, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, acredite la voluntad de entablar acción contra una determinada y concreta actuación administrativa.

Esta es la doctrina que se sustenta en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2009 (RC núm. 3681/2006), en que, acogiendo los criterios jurídicos del Pleno de la Sala, expuestos en la sentencia de 5 de noviembre de 2008 (RC núm. 4755/2005), se declara conforme al ordenamiento jurídico procesal la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de inadmitir el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Chiloeches contra la autorización para la instalación del parque eólico "Tocón", por no acompañar al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo el acuerdo del Pleno de la Corporación para impugnar, en vía contencioso-administrativa, dicho acuerdo.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2011 (RCA 176/2009), sanciona con la inadmisión del recurso contencioso-administrativo la falta de diligencia del representante procesal del Ayuntamiento de Muskiz al aportar a las actuaciones procesales el documento que acredita haberse adoptado el Acuerdo del Pleno de la Corporación de ratificación del Decreto del alcalde que acordó interponer recurso en vía jurisdiccional contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de octubre de 2008, por el que se autoriza a Red Eléctrica de España, S.A. la ejecución del proyecto de construcción de una línea eléctrica aérea Penagos-Güeñes, en la provincia de Vizcaya.

El Tribunal Supremo descarta que haya que conceder un trámite de subsanación, en relación con la comparecencia defectuosa de un Ayuntamiento en el proceso contencioso-administrativo, cuando las partes codemandadas han puesto de manifiesto en sus escritos de contestación a la demanda que debe declararse la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por no acreditarse que el Pleno de la Corporación del Ayuntamiento recurrente ha adoptado el Acuerdo para recurrir en vía judicial, como exige el artículo 22.2 j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, con los siguientes argumentos:

"(...) Son así las normas de ese artículo 138, más la del artículo 24.1 de la Constitución en el particular en que proscribire toda situación de indefensión, las que rigen la cuestión que finalmente hemos de decidir, cual es si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en efecto concurría.

“Sin desconocer que este Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario (así, entre otras, las de 10 de marzo de 2004, 9 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006 o 26 de marzo de 2007 y las que en ellas se citan), pero también otras coincidentes con la que ahora se dicta (así, por ejemplo, las de 21 de febrero y 5 de septiembre de 2005, 27 de junio de 2006, 31 de enero de 2007 o 29 de enero de 2008), es la respuesta afirmativa la que debe imponerse en un supuesto definido y delimitado por actos procesales como aquellos de los que dimos cuenta en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

“Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si este era insubsanable o no se subsanó en plazo.

“Pero no es solo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si este hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio, bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138.

“Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, solo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre.

“En suma y en definitiva: no era obligado, a diferencia de lo que se sostiene en el tercero de los motivos de casación, y pese a las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan en el cuarto, que la Sala de instancia requiriera de subsanación antes de dictar sentencia. Ni es a la actuación de dicha Sala a la que cabe imputar situación alguna de indefensión’ (fundamentos de derecho sexto y séptimo).

“En consecuencia, concurriendo el referido defecto procesal, habiéndosele puesto de relieve el mismo a la actora por la parte codemandada, y habiendo tenido aquella ocasión para subsanarlo sin haberlo hecho así, procede inadmitir el presente recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95.1, en relación con el 93.2.a) y 45.1.d), todos ellos de la Ley de la jurisdicción, sin que resulte ya necesario examinar las restantes causas de inadmisión alegadas por la parte codemandada.”

2.1.3. Los miembros electos de las corporaciones locales están legitimados para impugnar acuerdos municipales en materia urbanística, aunque no hubieran votado en contra de su adopción

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha formulado una interpretación restrictiva del requisito establecido en el artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que condiciona la legitimación del miembro electo de la Corporación local para entablar acciones en el proceso contencioso-administrativo contra actos

y acuerdos de las entidades locales a que hubiere votado en contra de su adopción.

Así, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2010 (RC 7520/2005), se reconoce la legitimación de un concejal del Ayuntamiento de Torres de la Alameda (Madrid) para impugnar los acuerdos de la Comisión de Gobierno de la referida Corporación local, que aprobaron definitivamente el Estudio de Detalle correspondiente a un Polígono Industrial y el Proyecto de Urbanización, y concedieron licencia urbanística, por tratarse del ejercicio de la acción pública en materia urbanística, lo que permite descartar que se haya postulado por la Sala de instancia una interpretación disconforme a Derecho del artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2008 (RC 399/2004), se reconoce la legitimación de un grupo municipal para impugnar acuerdos adoptados por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena, aunque sus concejales no formen parte de dicho órgano corporativo, y se analiza el sentido de la restricción legitimadora impuesta en el artículo 63.1 b) de la Ley reguladora de las bases del régimen local, que se justifica en el principio de actos propios.

2.1.4. La Administración local no puede utilizar el cauce procesal previsto en el artículo 29 LJCA para pretender de un ente público el cumplimiento de obligaciones que exigen la tramitación de un procedimiento

El artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, prevé un cauce procesal específico para el control de la inactividad de la Administración, cuyo ámbito quede delimitado a aquellos supuestos en que la Administración rechaza la reclamación formulada para la realización de una pretensión concreta, cuando está obligada en virtud de una disposición general que no precise de actos de ejecución o en virtud de un acto administrativo, contrato o convenio.

Sin embargo, esta vía procesal singular no resulta viable cuando se pretende que la Administración o un ente público sea condenado a cumplir una obligación cuyo reconocimiento precisa de un pronunciamiento judicial.

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011 (RC 4990/2008), resolviendo el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Benifaió, se fija la doctrina jurisprudencial de que el procedimiento judicial de control de la inactividad de la Administración, establecido en el artículo 29 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, no es idóneo para pretender el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de un procedimiento administrativo antes de su resolución.

La controversia jurídica, planteada por el Ayuntamiento de Benifaió ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, tenía como base la pretensión municipal de que se condene a las entidades estatales Renfe y Gestor de Infraestructuras Ferroviarias a vallar por ambos lados las vías de ferrocarril que atravesaban el municipio, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 290 del Reglamento de ordenación de los transportes terrestres.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en su sentencia de 25 de julio de 2008, había considerado improcedente la acción procesal entablada por el Ayuntamiento de Benifaió, al amparo del artículo 29 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ratifica la decisión del Tribunal de instancia con los siguientes argumentos:

“La pretensión principal deducida en el recurso contencioso-administrativo, de que se declare la obligación de Renfe y del Gestor de Infraestructuras Ferroviarias de cerrar, mediante la construcción de un vallado de protección, las vías del tren a su paso por el municipio de Benifaió, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 290 del Real decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, no tiene encaje jurídico en dicha disposición procesal, en cuanto que no se corresponde con el ejercicio de una acción dirigida a que la Administración dé cumplimiento a una prestación material concreta, determinada y debida, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación, o en virtud de un acto, convenio o contrato administrativo.

“En efecto, consideramos que el criterio de la Sala de instancia no contradice la doctrina de esta Sala de

lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, siguiendo una reiterada y consolidada jurisprudencia, expuesta en la sentencia de 18 de noviembre de 2008 (RC 1920/2006), delimita el ámbito objetivo de la acción procesal prestacional contemplada en el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional, reconociendo que la citada disposición legal establece un procedimiento singular de control de la inactividad de la Administración, que se revela adecuado respecto de aquellas situaciones en que la Administración está obligada en virtud de una disposición general, que no precise de actos de aplicación, a desplegar una actividad material concreta y determinada, o cuando, en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, está obligada a realizar una prestación concreta en favor de determinadas personas, y que excluye, en consecuencia, aquellas peticiones o reclamaciones basadas en una presunta actuación ilegal de la Administración, por omisión, cuya satisfacción requiere la tramitación de un procedimiento administrativo, y, en su caso, de un pronunciamiento declarativo expreso de los tribunales contencioso-administrativos para proceder a su ejecución.

“(...)

“La proyección de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso litigioso que enjuicamos, permite afirmar que la censura casacional que se formula a la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, resulta infundada, pues el denunciado incumplimiento por parte de Renfe y Gestión de Infraestructuras Ferroviarias de la obligación que deriva del artículo 290 del Real decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, no es susceptible de impugnación a través del cauce procesal del artículo 29.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, porque, como sostiene la defensa letrada del Ente Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), anteriormente Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE), el reconocimiento de la pretensión deducida por la Corporación local de Benifaió, consistente en el vallado de la línea férrea convencional que atraviesa el municipio, no se ampara en un mandato legal de directa aplicación, pues la invocada norma reglamentaria solo establece la obligación de vallar las antiguas vías ferroviarias siempre que exista disponibilidad financiera de la entidad, y no estipula un plazo para la ejecución de las obras, lo que

obliga, en todo caso, a la tramitación de un procedimiento administrativo complejo.

“Por ello, ningún reproche cabe formular a la Sala de instancia por ‘desbordar ampliamente el juicio de inactividad’, porque, precisamente, ha delimitado el control jurídico ejercido en este proceso sobre la inactividad de Renfe y del Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (G.I.F.), atendiendo al presupuesto habilitante establecido en el artículo 29 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que exige, como hemos expuesto, que la disposición general invocada contenga un mandato obligacional directo que no precise de actos de aplicación.”

2.2. Potestad normativa de los entes locales

2.2.1. Los ayuntamientos pueden regular mediante Ordenanza la circulación en bicicleta por las zonas habilitadas como “carril bici”

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011 (RC 4552/2009), desautoriza la decisión de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que declaró la ilegalidad de determinadas disposiciones de la Ordenanza de circulación de peatones y ciclistas, aprobada por el Ayuntamiento de Sevilla, en cuanto que dicho pronunciamiento judicial ignora la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre las características de las ordenanzas locales, respecto al resto de normas de carácter reglamentario, e infringe la competencia de los municipios en materia de ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas, atribuida por el artículo 25.2 b) de la Ley reglamentaria de las bases del régimen local.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Sevilla, entendiendo que la base jurídica de que parte la Sala de instancia para anular disposiciones de la Ordenanza municipal es errónea, puesto que no toma en consideración la competencia del municipio para reservar espacios de las vías públicas como “carril bici”, con la finalidad de incentivar las políticas urbanas de movilidad y promover la seguridad de peatones y ciclistas.

Por ello, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no comparte el criterio de la Sala de instancia de que la Ordenanza municipal es contraria, en algunas de sus disposiciones, al Real de-

creto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en cuanto desborda el ámbito de competencias atribuido en esta materia a los municipios.

El Tribunal Supremo no aprecia contradicción entre las disposiciones de la Ordenanza del Ayuntamiento de Sevilla, regulatoria de la circulación de peatones y ciclistas, y el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, y la Ley reguladora de las bases del régimen local, con los siguientes argumentos:

“(…) Hay que tener en cuenta de que la sentencia recurrida anula los artículos 16, 40, 41 y 44 de la Ordenanza impugnada y parte del Anexo de esta que define los itinerarios ciclistas señalizados en zonas peatonales como un ‘Espacio acondicionado para la circulación de bicicletas en una zona peatonal y que debe de disponer de señalización horizontal o vertical o ambas. En estos itinerarios, tiene preferencia el peatón...’, por considerar que tales itinerarios contradicen la definición del Anexo 56 del Real decreto legislativo 339/1990, ‘Zona peatonal: Parte de la vía, elevada o delimitada de otra forma, reservada a la circulación de peatones. Se incluye en esta definición la acera, el andén y el paseo.’

“Esta premisa de la que parte el Tribunal *a quo* para anular los preceptos que hemos señalado es errónea, pues no podemos olvidar que según expresa la Exposición de Motivos de la Ordenanza, esta disposición, en atención a los cambios que se han producido en la ciudad en materia de movilidad con la ejecución de las vías ciclistas, tuvo por finalidad evitar las posibles fricciones que pudieran producirse entre usuarios de los carriles bici y peatones, delimitando así los derechos y obligaciones de ambos.

“De esta forma, al acotar un espacio lateral o parte de las aceras que antes eran del exclusivo uso de los peatones para que puedan circular por un nuevo pasillo las bicicletas, no se conculcó con esta delimitación la zona peatonal, pues, aunque pueda quedar un poco reducida, en modo alguno significa que se deba compartir el paso de los peatones y el de los ciclistas, ya que para ello, se establece en los artículos anulados una zona específica para el carril bici, que por ello, necesariamente deja de ser peatonal.

“En consecuencia este motivo debe ser estimado al no infringir los preceptos anulados por la Sala los artículos 93.2 y 121.5 del Real decreto 1428/2003,

en cuanto que estos preceptos de la Ordenanza no se oponen, alteran o desvirtúan los preceptos del mencionado Reglamento.

“(…) La misma suerte estimatoria debe correr el tercer motivo de casación, que se sustenta en la conculcación de los artículos 39 del Real decreto legislativo 339/1990 y 75 y 76 del Real decreto 1372/1986, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de entidades locales.

“Los preceptos anulados –43 y segunda mitad del párrafo segundo del artículo 48– que permiten asegurar o amarrar bicicletas a árboles o elementos del mobiliario urbano cuando no existan estacionamientos para el aparcamiento de bicicletas en las vías urbanas en un radio de cincuenta metros o se encontraran todas las plazas ocupadas, no vulneran los artículos invocados en este motivo casacional, pues la Corporación municipal como titular de los bienes de dominio público –artículo 79 de la Ley de bases de régimen local– excepcionalmente puede autorizar que se puedan estacionar las bicicletas en estos lugares públicos siempre y cuando no se perjudique la salud del árbol, ni impidan su perfecta visibilidad y siempre que no entorpezcan el paso de peatones.”

2.2.2. La legalidad de las ordenanzas municipales que limitan la instalación de antenas de radiocomunicación por razones medioambientales o paisajísticas

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (RC 4803/2007), es exponente de una corriente jurisprudencial consolidada que determina el alcance de las competencias de los ayuntamientos en materia de telecomunicaciones, en relación con la aprobación de una Ordenanza municipal sobre instalaciones e infraestructuras de radiocomunicación.

En esta sentencia, se declara, confirmando los criterios de la Sala Territorial de Castilla y León, que los ayuntamientos tienen competencias para condicionar la instalación de antenas de radiocomunicación, con el límite de que la regulación municipal no suponga una restricción injustificada del derecho de los operadores a establecer sus redes de telecomunicaciones.

En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo reafirma su doctrina sobre la competencia de los municipios en materia de regulación de las telecomunicaciones en los siguientes términos:

“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 relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de ‘calas y canalizaciones’ o instalaciones en edificios [art. 4.1 a) LRBR 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 protección 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.”

La directriz que se desprende de la lectura de esta sentencia es la consideración de que razones medioambientales o de índole paisajística permiten al Ayuntamiento limitar el número de antenas que se pueden instalar en el municipio, así como imponer una altura específica máxima (40 metros), con la finalidad de pre-

venir el riesgo de exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas o de minimizar el impacto visual.

2.2.3. Los ayuntamientos no pueden alterar mediante la aprobación de una Ordenanza municipal determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana

El reconocimiento de la potestad reglamentaria de los municipios es inherente al modelo de Gobierno local que la Constitución asume, pues de la comprensión de la autonomía local ex artículos 137 y 140 CE, como capacidad de decisión, bajo la propia responsabilidad y en el marco de la Ley, sobre los asuntos públicos, cuya gestión está encomendada a dichos entes, según sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, se deriva la atribución de potestades normativas.

La atribución de poderes normativos a los entes locales, señala el profesor Luciano Parejo Alfonso, “es un instrumento de dirección sin el que no es pensable una actividad local de gobierno y actuación”, porque la norma permite “una acabada programación, en sentido sustantivo, de la acción administrativa” (Luciano PAREJO ALFONSO, *La potestad normativa local*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998).

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2010 (RC número 7599/2005), es exponente de los límites del poder normativo de los entes locales, desde una doble perspectiva procedimental y material o sustantiva.

En esta sentencia se declara la nulidad de la Ordenanza municipal, aprobada por el Ayuntamiento de L’Alfàs del Pi, reguladora de las actividades en establecimientos de pública concurrencia en relación con los usos del suelo, que establece la exigencia de que determinados establecimientos comerciales guarden entre sí distancias mínimas, con base al razonamiento de que altera determinaciones del planeamiento sin seguir el procedimiento previsto para modificar el Plan General, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 49.1 del texto refundido de la Ley del suelo de 1976, y porque el ejercicio de la potestad reglamentaria desborda el marco de las atribuciones competenciales de los ayuntamientos, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, pues la regulación cuestionada, referida a la instalación de establecimientos

comerciales, no se incardina en el ámbito de la ordenación urbanística y vulnera, al carecer de cobertura legal específica, el principio de libertad de empresa y de libre establecimiento, reconocido en el artículo 38 de la Constitución.

2.3. Derecho Tributario y Fiscal: La base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras respecto de las instalaciones de parques eólicos, comprende el coste de todos los elementos necesarios para la captación de energía que figuren en el proyecto para el que se solicita licencia municipal de obras y carecen de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010 (RC en interés de la Ley número 22/2009), se estima, sustancialmente, el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Ayuntamiento de Osuna (Sevilla) contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, fijando como doctrina legal que “forma parte de la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, regulado en el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en el supuesto de instalación de parques eólicos el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada”.

Se resuelve, en este sentido, la controversia que había opuesto al Ayuntamiento de Osuna con la empresa Becosa Eólico Valdivia, S.A.U., respecto de las liquidaciones giradas por el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras como consecuencia de la construcción de un parque eólico y por la tasa por licencia urbanística, reconociendo, en contraposición, el criterio sustentado por el Juzgado Contencioso-Administrativo número 1 de Sevilla, y la referida Sala de instancia, de que no cabe excluir de la base imponible los sistemas eléctricos, los aerogeneradores y todas aquellas instalaciones indispensables para el funcionamiento de un parque eólico, que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras o urbanística.

2.4. Derecho subvencional

2.4.1. La denegación de ayudas públicas a un Ayuntamiento no tiene carácter sancionador

Los ayuntamientos no tienen un derecho incondicionado a percibir ayudas públicas de la Administración de la Comunidad Autónoma para la ejecución de obras de restauración urbana, en cuanto que deben cumplir los requisitos establecidos en la norma de convocatoria, que no reviste de ningún modo carácter sancionador, por lo que resulta infundada la invocación de la lesión del principio de irretroactividad de la norma sancionadora no favorable.

Esta es la respuesta que dio la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que confirma la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de octubre de 2009, al recurso entablado por el Ayuntamiento de Pasaia contra la resolución del Consejo del Gobierno Vasco, que había denegado las ayudas solicitadas al amparo del Decreto 306/2003, de 16 de diciembre, al considerar que no cumplía el requisito exigido de haber materializado un 30% de la inversión prevista para el periodo 2001-2003, respecto de las ayudas concedidas conforme al anterior Decreto 236/2001.

2.4.2. Los ayuntamientos tienen derecho a que la Administración concedente resuelva la solicitud de subvención

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009 (RC número 2111/2007), declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Pont de Suert, reconociendo la obligación de la Administración del Estado de resolver la petición de subvención formulada al amparo del artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, derivada de la ejecución de obras públicas con destino a financiar obras y trabajos de conservación, rehabilitación o mantenimiento de bienes del patrimonio histórico, con base en la aplicación del artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, con la exposición de los siguientes argumentos:

“(…) Debe, no obstante acogerse parcialmente el apartado 5 del motivo segundo. Sin perjuicio de ad-

mitir con la sentencia recurrida que del artículo 68 de la Ley del patrimonio histórico español no deriva un derecho subjetivo de los ayuntamientos afectados por las obras públicas a percibir el 1% de los fondos que sean aportados para su financiación, ni de que estos puedan aplicarse a cualquier tipo de obras, ya que habrán de serlo solo a las que estén relacionadas con los bienes del patrimonio histórico español o al fomento de la creatividad artística expresamente previstos en dicho precepto; no obstante, la petición que se formuló por el Ayuntamiento recurrente no iba dirigida a que se le transfiriera dichos fondos ni a obtener su administración, sino a que se tuviera en cuenta su petición a los efectos de que fuera evaluada por la Comisión Mixta en el momento oportuno. Pues bien, examinado el expediente consta que esa solicitud fue presentada el 23 de diciembre de 2003 disponiendo el Ministerio de Fomento que sería incluida en la siguiente reunión de la Comisión, sin que conste que por este organismo en sus sucesivas reuniones se haya adoptado decisión positiva o negativa alguna al respecto, según se infiere de las serie de actas que aparecen en el expediente.

“La obligación de resolver, impuesta a la Administración por el artículo 42.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, lleva, en consecuencia, a la estimación parcial del recurso, debiendo la Comisión Mixta decidir sobre la solicitud formulada, tanto sobre la legalidad del momento de su presentación, como, en su caso, sobre la aplicabilidad del 1% cultural a las obras solicitadas.”

2.4.3. El control fiscalizador del cumplimiento por la Administración local de los fines que justificaron el otorgamiento de la subvención debe realizarse conforme al principio de proporcionalidad

Esta es la doctrina que se desprende de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2008, en que se aprecia que carece de justificación la reclamación efectuada por el Ministerio de Hacienda al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria para que devolviera el importe de la subvención percibida con cargo a fondos comunitarios, al entender que no se había producido una desviación sustancial respecto de la finalidad para la que fue concedida, y que no se habían lesionado los intereses públicos implicados, con los siguientes argumentos:

“El motivo de casación formulado por el abogado del Estado, basado en la infracción de la Decisión de

la Comisión de las Comunidades Europeas 97/327/CE, de 23 de abril de 1997, mediante la que se modifican las decisiones por las que se aprueban los marcos comunitarios de apoyo, los documentos únicos de programación y las iniciativas comunitarias adoptadas en relación con España, no puede ser acogido, puesto que consideramos que la Sala de instancia no infringe el Derecho comunitario europeo subvencional, al estimar la elegibilidad del gasto relacionado con la actuación 5.3 del Proyecto URBAN Las Palmas, referente a la construcción de un Centro de Información y Asistencia Social en el Barrio de La Isleta de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, ya que sustenta la *ratio decidendi* del fallo en la apreciación de que no se ha incumplido el presupuesto finalista de la subvención, al no producirse modificación de la afectación de la subvención a los objetivos de política urbana, que persigue el otorgamiento de la ayuda comunitaria, que no se desnaturaliza por la ocupación de una pequeña parte del edificio social proyectado y construido, estimada concretamente en el 3,78%, para acoger, de forma provisional y con carácter temporal, la sede municipal de la Concejalía del Distrito V del referido Ayuntamiento.

“En efecto, con base en la aplicación del principio de proporcionalidad, no apreciamos que la actuación del beneficiario público municipal comprometa la consecución de los objetivos de regeneración urbana del Barrio de La Isleta de la ciudad de las Palmas de Gran Canaria, que justificaron el otorgamiento de la subvención con aportación de fondos comunitarios, al haberse acreditado que la construcción del edificio destinado a equipamiento público cumplió los fines de interés público de acoger servicios sociales, que no resultaron entorpecidos u obstaculizados sustancialmente por la decisión municipal controvertida, al tratarse de servicios complementarios, que se integran en el concepto de ‘gobernanza urbana’.

“En este sentido, cabe recordar que, según dijimos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007 (RC 11286/2004), ‘constituye uno de los principios informadores del Derecho subvencional, junto al reconocimiento de los principios nucleares de publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación, el principio de eficiencia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración concedente de la subvención, que se corresponde con la requerida eficacia en la asignación y utilización de los recursos

públicos, que otorga a la Administración las facultades que se revelen necesarias, adoptadas con base en el principio de proporcionalidad, para asegurar el cumplimiento por el beneficiario de los requisitos y condiciones que justifican su otorgamiento.’

“Por ello, entendemos que el principio de eficiencia administrativa, que debe respetarse en la asignación de los fondos comunitarios vinculados al Programa Operativo para la Región de Canarias REGIS II, España, y al desarrollo del Programa URBAN, y en el control del cumplimiento del destino de las ayudas comunitarias comprometidas, no ha sido infringido por la Sala de instancia al estimar gasto elegible la actuación ejecutada en el Barrio de La Isleta de Las Palmas de Gran Canaria, puesto que no cabe apreciar que se haya producido una actuación negligente, abusiva o fraudulenta por parte del Gobierno municipal, que se revele incompatible con los intereses de la Unión Europea, relativos al cumplimiento de los programas de ayudas comunitarias que contribuyen, prioritariamente, a la regeneración económica y social de aquellas ciudades y de aquellos barrios degradados, en dificultades o en crisis, pertenecientes a regiones más desfavorecidas, que concierne a las regiones extrapeninsulares, con el objeto de desarrollar estrategias de regeneración urbana y contra la exclusión y la discriminación de sus habitantes, con el fin de fomentar un desarrollo urbano sostenible de las zonas subvencionables afectadas.

“El pronunciamiento de la Sala de instancia se revela coherente con la doctrina del Tribunal de Justicia expuesta en la sentencia de 13 de marzo de 2008 (asuntos acumulados C-383/06 a C-385/06), que sostiene que el juez nacional debe basarse en el examen de legalidad de los actos administrativos de reconocimiento de ayudas comunitarias por incumplimiento de las obligaciones y condiciones que le dan derecho a percibir la ayuda prevista, que producen el efecto de recuperar los fondos indebidamente percibidos por el beneficiario que no actuó de buena fe, tomando en consideración, además, del principio de legalidad, los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, en los siguientes términos:

“(…) A este respecto, procede recordar que se ha declarado que el sistema de subvenciones elaborado por la normativa comunitaria se basa especialmente en el respeto, por parte del beneficiario, de una serie de obligaciones que le dan derecho a percibir la ayuda prevista. Del artículo 24, apartado 2, del

Reglamento núm. 4253788 se desprende que, si el beneficiario no cumple todas las obligaciones, la Comisión está autorizada a considerar la extensión de sus obligaciones. Para que el artículo 23, apartado 1, de dicho Reglamento sea de aplicación, en el supuesto de que el beneficiario no haya ejecutado el proyecto de formación respetando las condiciones a las que estaba supeditada la concesión de esa ayuda, dicho beneficiario no puede ampararse en los principios de protección de la confianza legítima y de los derechos adquiridos para obtener el pago del saldo del importe total de la ayuda concedida inicialmente [véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, Branco/Comisión, T-142/97, Rec. P. II-3567, apartados 97 y 105 (recurso de casación desestimado por auto del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1999, Branco/Comisión, C-453/98 P, Rec. P. I-8037), y de 16 de septiembre de 1999, Partex/Comisión, T-182/96, Rec. P. II-2673, apartado 190 (recurso de casación desestimado por auto del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2001, Partex/Comisión, C-465/99 P, no publicado en la Recopilación)]. Por último, el principio de protección de la confianza legítima no puede ser invocado por un beneficiario que es culpable de una infracción manifiesta de la normativa vigente (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1985, Sideradria/Comisión, 67/84, Rec. P. 3983, apartado 21).

“(…)”

“Por consiguiente, de lo antedicho se desprende que procede responder a las cuestiones planteadas que la recuperación de los fondos perdidos por abusos o negligencia debe efectuarse con arreglo al artículo 23, apartado 1, del Reglamento núm. 4253/88 y según lo dispuesto en el Derecho nacional, sin perjuicio de que la aplicación de este Derecho no menoscabe la aplicación ni la eficacia del Derecho comunitario y que no tenga por efecto hacer prácticamente imposible la recuperación de las cantidades abonadas irregularmente. Corresponde al juez nacional garantizar plenamente la aplicación del Derecho comunitario, inaplicando o interpretando, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, como la Awb. El juez nacional puede aplicar los principios comunitarios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima teniendo en cuenta tanto el comportamiento de los beneficiarios de los fondos perdidos como el de la Administración, siempre que el interés de la Comunidad se tome plena-

mente en consideración. La condición de entidad pública del beneficiario de los fondos carece de incidencia a este respecto.’

“En este supuesto, valoramos que no se advierte una infracción manifiesta de la normativa comunitaria subvencional, como se deduce de las consideraciones del propio director territorial de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial de 15 de enero de 2001, que, en relación con el Informe provisional de control financiero realizado al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria sobre la ayuda FEDER concedida con cargo al Programa Operativo REGIS II, emitido por la Intervención Territorial, postula la aceptación, atendidas las circunstancias concurrentes, como gasto elegible de la actuación ejecutada de construcción de un Centro de Información y Asistencia Social en el Barrio de La Isleta del municipio de Las Palmas de Gran Canaria (...)”

2.5. Obras públicas: Los ayuntamientos deben manifestar su discrepancia formal con el proyecto de ejecución de una infraestructura a los efectos de suscitar el procedimiento de coordinación de competencias con el Estado

La ejecución de grandes obras de infraestructuras invade las competencias de titularidad del Estado y de las comunidades autónomas de los municipios, de modo que, conforme a una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cabe armonizar el ejercicio de dichas competencias en el interés general, que legitima la intervención del Consejo de Ministros para determinar la adaptación del planeamiento municipal.

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2009 (RC número 889/2007), se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Vera (Almería), en relación al Acuerdo de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, aprobatorio del proyecto de construcción de la línea férrea “Corredor Mediterráneo de Alta Velocidad. Tramo Murcia-Almería”, confirmando los razonamientos de la Sala de instancia, respecto de que no procede reconocer la competencia del Consejo de Ministros ex artículo 10 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, para aprobar dicho proyecto, cuando el Ayuntamiento se ha limitado a formular alegaciones en el periodo de información pública, sin llegar a materializar formalmente su discrepancia.

2.6. Función pública local

2.6.1. Los funcionarios locales tienen derecho a percibir gratificaciones por la realización de horas extraordinarias

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2011 (2710/2008), ratifica la legalidad del Acuerdo del Ayuntamiento de Boadilla del Monte (Madrid), que aprobó el sistema de gratificaciones económicas y de compensaciones horarias de los funcionarios públicos locales por la realización de servicios extraordinarios fuera de la jornada normal.

El Tribunal Supremo rechaza la tesis argumental expuesta por el abogado del Estado, en la formulación de recurso de casación, que entendía que el Acuerdo municipal era contrario al artículo 23.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, a los artículos 92, 93.2 y 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y al artículo 14 de la Constitución, porque retribuía las horas extraordinarias, que constituían un concepto propio del Derecho Laboral y no engarzable en el Derecho estatutario de la función pública, por cuanto resulta evidente que no se desnaturaliza la consideración de las gratificaciones por la prestación de servicios extraordinarios, al no hacerlas ni fijas en su cuantía ni tampoco periódicas en su devengo.

El Tribunal Supremo confirma el sistema de gratificaciones y de compensaciones impuesto por el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, ratificando el pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con los siguientes argumentos:

“(...) Así, en lo que hace a las gratificaciones no los ha vulnerado porque, ciertamente, las gratificaciones son un concepto retributivo expresamente previsto en el artículo 23.3 d) de la Ley 30/1984 para los servicios prestados fuera de la jornada normal. Y el acuerdo del Ayuntamiento de Boadilla del Monte ni las hace fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo. Esto último porque solamente prevé remunerarlas económicamente cuando no sea posible la compensación horaria y tampoco contempla cuantías fijas, porque establece un sistema para determinar su importe en función del tiempo trabajado fuera de esa jornada normal. A esto solamente hemos de añadir que esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de esta cuestión en asuntos muy parecidos al presente en el mismo sentido en que lo ha hecho la de instancia [sentencias de 27

de enero de 2010 (casación 347/2006), 13 de octubre de 2009 (casación 348/2006) y 30 de mayo de 2008 (casación 1131/2005)].

“En cuanto a la compensación horaria, también impugnada en la instancia y sobre la que vuelve el recurso de casación, tampoco apreciamos infracción del artículo 94 de la Ley 7/1985. Basta para rechazar en este punto el motivo con tener presente que, fuera de la cita de su contenido, ningún razonamiento dedica a explicar de qué manera produce el acuerdo municipal la vulneración que denuncia.”

2.6.2. Las primas de las pólizas de seguros de vida o de accidentes contratadas por un Ayuntamiento en favor de sus funcionarios no tienen el carácter de retribución

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2011 (RC 5600/2007), afronta la calificación jurídica de las políticas retributivas y asistenciales que puede promover un Ayuntamiento en beneficio de sus funcionarios.

Aunque el recurso de casación se circunscribe a analizar si las primas de pólizas de seguros de accidentes contratadas por el Ayuntamiento de Camargo (Cantabria) debían caracterizarse como retribución, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, o más bien tener la consideración de medidas de carácter asistencial, el Tribunal Supremo ratifica la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, anulatoria de las cláusulas del Acuerdo municipal aprobatorio de acuerdo formalizado entre la Corporación y los funcionarios, referentes a materias de jornada de trabajo, vacaciones, permiso y licencias, planes de pensiones, régimen de prejubilación y créditos horarios para miembros de la Junta de Personal.

El Tribunal Supremo considera que las primas abonadas por los ayuntamientos, en relación con las pólizas de seguros de vida o de accidentes contratadas por la Corporación en beneficio de sus empleados, no pueden calificarse de contraprestaciones económicas derivadas del desempeño profesional, devengadas periódicamente y de forma regular, ni como retribución en especie, sino, como fundamentaba el Ayuntamiento de Camargo en su escrito de interposición del recurso de casación, con base en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, como medida de asistencia social.

2.7. Seguridad pública y protección civil: Los ayuntamientos afectados por la instauración de planes directores correspondientes a planes de emergencia nuclear, tienen derecho a ser oídos en el procedimiento de elaboración de la disposición, sin que pueda ser suplantada su participación por la intervención de la Federación Española de Municipios y Provincias

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 17 de diciembre de 2008 (RCA 289/2006), estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares (AMAC) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros correspondiente a los planes de emergencia nuclear exteriores a centrales nucleares, al considerar que, por tratarse de una disposición de carácter normativo, no se había cumplimentado el preceptivo trámite de audiencia a los ayuntamientos afectados, conforme a lo dispuesto en el artículo 24.1 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que no podía entenderse subsanado por la participación en el proceso de elaboración de la Federación Española de Municipios y Provincias:

“(…) La Administración demandada, al remitir la información reclamada durante el periodo de prueba, ha enviado a esta Sala junto con la comunicación de lo estrictamente pedido, de la que se deduce que en la tramitación del Plan Básico de Emergencia Nuclear se dio audiencia a la Asociación de Municipios demandante, una serie de actas de la Comisión Nacional de Protección Civil en la que están representados los municipios de España a través de la Federación Española de Municipios y Provincias.

“De esta circunstancia la Administración deduce o da a entender que si el acuerdo ahora impugnado se ha adoptado, como en el mismo se indica, previo Informe favorable de la Comisión Nacional de Protección Civil, en la que están representados los municipios españoles a través de su Federación, se ha cumplido el trámite de audiencia previsto en el artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, por cuanto no es necesario el trámite contemplado en dicho apartado c) cuando las organizaciones o asociaciones mencionadas en este hubiesen participado por medio de informes en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

“No es aceptable esta conclusión porque el hecho de que en la Federación Española de Municipios y Provincias estén representados todos los municipios españoles y dicha Federación, a su vez, forme parte, a través de su representante, de la Comisión Nacional de Protección Civil, la que ha informado favorablemente los planes directores aprobados por el Acuerdo ahora impugnado, no evita ni puede sustituir la audiencia de los municipios directamente afectados por los planes de emergencia nuclear exteriores a las centrales nucleares, agrupados en la Asociación demandante, al igual que su presencia, a través de la Federación, no impidió que la Administración, según hemos indicado, diese audiencia a la referida Asociación demandante en el trámite de elaboración del Plan Básico de Emergencia Nuclear (PLABEN), razón por la que tal falta de audiencia en el trámite de elaboración de los planes directores correspondientes a los planes de emergencia nuclear exteriores a las centrales nucleares, dado su carácter normativo, constituye un defecto invalidante del acuerdo aprobatorio del Consejo de Ministros por contravenir lo establecido en los artículos 105. a) de la Constitución y 24.1c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, al ser nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneran la Constitución y las leyes, según dispone el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 13 de enero, y así lo debemos declarar en aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 70.2, 71.1 a) y b) y 72.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.”

3. Epílogo: La defensa de los principios constitucionales de democracia local y autonomía local por el Tribunal Supremo

Los entes locales se configuran en la Constitución de 1978 como poderes públicos territoriales de base democrática, que asumen el Gobierno y la Administración de los asuntos que atañen a la colectividad local.

Los fundamentos constitucionales del Gobierno local se reconocen en el principio de autonomía local y en el principio de democracia local, puesto que los ayuntamientos y diputaciones provinciales se caracterizan como Administración dotada de autonomía, que ejerce las potestades de dirección política del municipio o la provincia, y, como Administración democrática, cauce de participación institucional de los ciudadanos en los asuntos públicos.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (RCA número 474/2006), refuerza la comprensión del principio de autonomía local, en cuanto se reafirma un ámbito propio de decisión del Gobierno local en materia de ordenación urbanística del municipio y, asimismo, se afianza el principio de democracia local, en cuanto que se interrelacionan el carácter de Gobierno local como Gobierno democrático, en que está representando la voluntad de los ciudadanos, con el desarrollo y puesta en valor de los instrumentos de participación política de los ciudadanos en los asuntos locales.

La referida sentencia del Tribunal Supremo realiza una interpretación expansiva del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, para fundamentar el reconocimiento de la pretensión postulada por el Ayuntamiento de Almuñécar (Granada), de proceder a convocar y celebrar una consulta popular de los vecinos, referida a la aprobación inicial del Plan de Ordenación Urbanística del referido municipio.

La *ratio decidendi* de la sentencia se funda en los siguientes razonamientos:

“El régimen jurídico de las consultas populares municipales, que resulta aplicable a la solución de este litigio, está integrado por el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que hemos transcrito, incluido en la sede normativa ‘información y participación ciudadanas’, y por la Ley del Parlamento de Andalucía 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía, aprobada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía que dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo del sistema regulador de las consultas populares locales en el ámbito de Andalucía, cuyo artículo 2 dice:

“1. La consulta popular local es el instrumento de conocimiento de la opinión de los vecinos sobre asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para sus intereses, sin que su resultado vincule a la entidad local convocante.

“2. En ningún caso podrán someterse a consulta popular local asuntos cuando alguna de las opciones a escoger resulte contraria al ordenamiento jurídico. Asimismo, la consulta popular local no podrá menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio.

“3. Quedan excluidas de la consulta popular local las materias propias de la Hacienda Local.”

“Cabe, además, señalar que la decisión del Consejo de Ministros de autorizar o denegar la convocatoria de una consulta popular municipal se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de control de que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente previstos de naturaleza procedimental, puesto que se exige para preservar el adecuado equilibrio entre el principio representativo y el principio de participación directa que la consulta sea a iniciativa del alcalde, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación municipal, y de naturaleza material, consistente en admitir únicamente consultas populares referidas a asuntos en que concurren los presupuestos de tratarse de competencia propia municipal y de carácter local y que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, excluyéndose, en todo caso, los asuntos relativos a la Hacienda local.

“Así, en la mencionada sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2000, manifestamos:

“Hay que destacar, ante todo, que dichos requisitos son concurrentes y, dados los términos en que se formulan, revelan un designio del legislador ciertamente restrictivo respecto de esta fórmula de participación popular en el procedimiento de adopción de decisiones municipales, inspirado en el sistema de representatividad electiva. La consulta popular a los vecinos no se permite para cualquier asunto, ni siquiera para aquellos que tengan un interés relevante para los vecinos; es preciso, además, que se trate de asuntos de *carácter local*, por un lado, y que respecto de ellos el municipio tenga *competencias propias*, por otro. La demanda insiste en que se trata de una cuestión que *afecta a los intereses de los vecinos de Algeciras*, y a ello nada habría que oponer, en principio: pero lo decisivo, a los efectos del litigio, no es solo que exista aquel interés sino que el *asunto* (por emplear la expresión utilizada en el artículo 71 de la Ley de régimen local) que lo genera sea, ante todo, de *carácter local*.”

“Y cabe advertir que en el caso de autos no se plantea controversia alguna respecto del control jurisdiccional del Acuerdo del Consejo de Ministros en aquello que pudiera tener de decisión de mera oportunidad o manifestación de una voluntad que, sobre la base de apreciaciones de orden estrictamente político, exprese aquel alto órgano constitucional, titular del poder ejecutivo, cuestión que esta Sala abordó en la sentencia de 22 de enero de 1993 (recurso número 4911 de

1992). El litigio se circunscribe, por el contrario, a dilucidar si el Acuerdo del Consejo de Ministros, al apreciar la falta de concurrencia de uno de los requisitos necesarios para autorizar la consulta popular, respetó o no el contenido del artículo 71 de la Ley reguladora de bases del régimen local.

“Desde los parámetros jurídicos expuestos procede declarar la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de septiembre de 2006, al fundarse en una interpretación *contra legem* del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, puesto que estimamos que identifica indebidamente el concepto de ‘asuntos de la competencia propia municipal’ a que alude dicha disposición legal con ‘asuntos de la competencia exclusiva del municipio’, sin atender que el artículo 25.2 d) de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local establece que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en la materia de ordenación urbanística y que la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2002, de 27 de diciembre, tras definir el Plan General de Ordenación Urbanística como el instrumento de planeamiento que tiene como objeto ‘la ordenación urbanística en la totalidad del término municipal’ y organizar ‘la gestión de su ejecución’, dispone en su artículo 3 que corresponde a los municipios la formulación de proyectos de instrumentos de planeamiento de ámbito municipal, incluyendo la aprobación inicial, como Administración responsable de la tramitación de dicho Plan General, y la aprobación definitiva de las innovaciones de los planes generales de ordenación urbanística que no afecten a la ordenación estructural de estos.

“Por ello, cabe sostener que el Acuerdo de aprobación inicial del Plan General de Ordenación Urbanística del municipio de Almuñécar, que se somete a consulta de los vecinos, se corresponde con el ejercicio de una competencia propia municipal determinada específicamente por la Ley sectorial urbanística de la Comunidad Autónoma, que se ejerce en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación con las competencias de otras Administraciones Públicas, que se contraponen a las competencias impropias o atribuidas por delegación a las que se refiere el artículo 7 de la Ley reguladora de las bases del régimen local.

“La lectura armonizadora de los artículos 1, 18.1 f) y 71 de la Ley reguladora de las bases del régimen local

y de los artículos 3 y 4 de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988, permite determinar que el concepto de competencias propias municipales, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias básicas encomendadas por la Ley a dichas entidades locales, lo que no impide que, por la naturaleza de la materia o por su extensión, su titularidad o ejercicio sea concurrente con las competencias de planificación atribuidas a autoridades regionales o autonómicas, puesto que no necesariamente las competencias locales deben ser plenas o completas, de modo que quedan excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aún teniendo un carácter local y tratar de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las comunidades autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las comunidades autónomas atribuidas por delegación a los entes locales.” ■

Crónica de jurisprudencia (de 1 de enero a 30 de junio de 2011)¹

Antonio Descalzo González

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

A) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda), de 24 de marzo de 2011, C-400/08, Comisión Europea contra España. TJCE\2011\71. Restricciones al derecho de establecimiento. Normativa sobre establecimiento de grandes superficies comerciales en Cataluña, que prohíbe implantar grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios, y exige consultar a la Comisión de Equipamientos Comerciales, que está compuesta por competidores potenciales del operador económico que desee implantar un nuevo gran establecimiento en Cataluña

Antecedentes

Recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, por la Comisión de las Comunidades Europeas, para solicitar que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE, al imponer restricciones al establecimiento de superficies comerciales en Cataluña.

Ponente: Don A. Rosas.

Extracto de doctrina

"51 El recurso de la Comisión implica, en lo sustancial, tres imputaciones relativas a la incompatibilidad con el artículo 43 CE de las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales, de los requisitos para la obtención de la licencia comercial específica exigida para la implantación de tales establecimientos y de determinados aspectos del procedimiento de concesión de dicha licencia.

"52 La primera imputación, relativa a las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales, tiene como objeto la prohibición de implantar tales establecimientos fuera de la trama urbana consolidada de un número determinado de municipios, resultante del artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, así como los dimensionamientos por cada comarca y municipio que se derivan del artículo 7 del anexo del Decreto 379/2006 en relación con el anexo 1 de este. En cuanto a los dimensionamientos por cada comarca y municipio, la Comisión sostiene que la limitación es particularmente severa en el caso de los hipermercados. Según afirma, se desprende del PTAS.EC que el establecimiento de nuevos hipermercados queda prohibido en 37 de las 41 comarcas. En las cuatro comarcas restantes, únicamente se permite la implantación de hipermercados en la medida en que este formato comercial no absorba más del 9% del consumo de productos de uso cotidiano o del 7% del consumo de productos de uso no cotidiano, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006. Por último, según la Comisión, resulta del PTAS.EC que en esas cuatro últimas comarcas, los dimensionamientos máximos para los hipermercados son de solo 23.667 m², repartidos entre seis municipios.

"53 La segunda imputación, relativa a los requisitos para la obtención de la licencia comercial específica, consta de seis partes. La primera se refiere a la exigencia impuesta por el artículo 6, apartado 1, de la Ley 7/1996 de obtener la licencia comercial específica previamente a la apertura de grandes establecimientos comerciales; la segunda, a la valoración, a efectos de obtener esa licencia, de la existencia de equipamiento comercial en la zona correspondiente y de los efectos de un nuevo establecimiento sobre la estructura comercial de dicha zona, con arreglo al artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley 7/1996; la tercera, a la exigencia para la obtención de la licencia, de un

1. La negrita introducida en el texto de la jurisprudencia aquí recogida es nuestra.

informe sobre el grado de implantación, que es vinculante en caso de ser desfavorable y que debe ser desfavorable siempre que se exceda un determinado valor de cuota de mercado, según se desprende del artículo 8 de la Ley 18/2005 y de los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006; la cuarta, a la obligación impuesta por el artículo 6, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley 7/1996, de consultar al Tribunal de Defensa de la Competencia; la quinta, a la necesidad de recabar la opinión de la Comisión de Equipamientos Comerciales, algunos de cuyos miembros son competidores potenciales del solicitante de la licencia, con arreglo a los artículos 11 de la Ley 18/2005 y 26 del Decreto 378/2006, y la sexta, a la falta de precisión de los criterios aplicables en virtud del artículo 10 de la Ley 18/2005.

“54 Por último, la tercera imputación, relativa a determinados aspectos del procedimiento de concesión de la licencia comercial, se subdivide en tres partes: la primera se refiere al régimen de silencio negativo establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley 18/2005; la segunda, a la percepción, en virtud del artículo 12 de la misma Ley, de tasas que supuestamente no guardan relación con el coste de dicho procedimiento, y la tercera, a la excesiva duración del procedimiento que, según la Comisión, resulta del artículo 33, apartados 5 y 7, del Decreto 378/2006, que trata de los plazos de emisión y de vigencia del informe sobre el grado de implantación.

“(…)

“58 Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, en el marco de un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, incumbe a la Comisión probar la existencia del incumplimiento que se alega. Es dicha institución quien debe aportar al Tribunal de Justicia los datos necesarios para que este pueda verificar la existencia del incumplimiento, sin que pueda basarse en ningún tipo de presunción (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 5 de octubre de 1989 [TJCE 1990, 37], Comisión/Países Bajos, 290/87, Rec. p. 3083, apartados 11 y 12, y de 4 de marzo de 2010 [TJCE 2010, 52], Comisión/Francia, C-241/08, Rec. p. I-0000, apartado 22).

“59 La validez de la alegación de la Comisión según la cual la normativa controvertida produce efectos indirectamente discriminatorios para los operadores originarios de los Estados miembros distintos del Reino de España presupone que la Comisión haya demostrado que existe una diferencia de trato entre los gran-

des establecimientos comerciales y los demás establecimientos comerciales y que esa diferencia constituye una desventaja para los grandes establecimientos comerciales. Además, la Comisión debe demostrar que dicha diferencia de trato beneficia a los operadores españoles debido a que estos prefieren los establecimientos comerciales pequeños y medianos, en tanto que los operadores de otros Estados miembros prefieren los grandes establecimientos comerciales.

“60 Para demostrar tales extremos, la Comisión ha aportado una serie de datos numéricos. Ahora bien, como ha señalado la abogada general en el punto 58 de sus conclusiones, tales datos, si bien concuerdan en cierta medida con la afirmación de que los operadores españoles muestran una preferencia por los establecimientos comerciales medianos y los operadores de otros Estados miembros por los grandes establecimientos comerciales, no son completos. En efecto, la información facilitada al Tribunal de Justicia no permite determinar con certeza ni el número de los establecimientos de que se trata, ni la distribución en función del control español o no español de una parte significativa de los establecimientos comprendidos en la categoría de grandes establecimientos con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Ley 18/2005. El Tribunal de Justicia tampoco ha sido informado de la distribución en función del accionariado de los operadores económicos correspondientes, con respecto a las diferentes categorías de establecimientos.

“61 En la vista, la Comisión expuso que el nexo causal que, según ella, subyace en la correlación estadística reside en el hecho de que los operadores extranjeros prefieren abrir establecimientos comerciales mayores con el fin de realizar las economías de escala necesarias para optimizar sus oportunidades de penetración en un nuevo territorio. Sin embargo, como ha señalado el abogado general en el punto 59 de sus conclusiones, esta explicación se refiere a la entrada en un nuevo mercado distante del mercado de origen del operador, más que a la nacionalidad de este.

“62 Resulta obligado observar que la Comisión no ha aportado pruebas concluyentes que demuestren que los datos numéricos expuestos en apoyo de su tesis corroboran efectivamente la realidad de esta. La Comisión tampoco ha aportado otras pruebas que demuestren que la normativa controvertida produce efectos indirectamente discriminatorios para los operadores originarios de otros Estados miembros con respecto a los operadores españoles.

“63 Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, el artículo 43 CE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los ciudadanos de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado (véanse, en particular, las sentencias de 14 de octubre de 2004 [TJCE 2004, 295], Comisión/Países Bajos, C-299/02, Rec. p. I-9761, apartado 15, y de 21 de abril de 2005 [TJCE 2005, 108], Comisión/Grecia, C-140/03, Rec. p. I-3177, apartado 27).

“64 En este contexto, interesa recordar que **el concepto de ‘restricción’ en el sentido del artículo 43 CE abarca las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque sean indistintamente aplicables, afectan al acceso al mercado de las empresas de otros Estados miembros y obstaculizan así el comercio intracomunitario** (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2004 [TJCE 2004, 273], CaixaBank France, C-442/02, Rec. p. I-8961, apartado 11, y de 28 de abril de 2009 [TJCE 2009, 98], Comisión/Italia, C-518/06, Rec. p. I-3491, apartado 64, así como, por analogía, la sentencia de 10 de febrero de 2009 [TJCE 2009, 21], Comisión/Italia, C-110/05, Rec. p. I-519, apartado 37).

“65 **Pertenece a esta categoría, en particular, una normativa nacional que supedita el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa, ya que puede entorpecer el ejercicio, por tal empresa, de la libertad de establecimiento, impidiéndole desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente** (véase la sentencia de 1 de junio de 2010 [TJCE 2010, 158], Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570/07 y C-571/07, Rec. p. I-0000, apartado 54).

“66 **En el caso de autos, hay que señalar que la normativa controvertida, considerada en su conjunto, insta un régimen de autorización previa que se aplica a cualquier apertura de un gran establecimiento comercial en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña.**

“67 Ahora bien, en primer lugar, esta normativa limita las zonas disponibles para la implantación de nuevos establecimientos e impone limitaciones a las superficies de venta que pueden autorizarse para estos.

“68 En segundo lugar, dicha normativa únicamente autoriza los nuevos establecimientos si ello no

tiene repercusiones en el pequeño comercio existente con anterioridad.

“69 En tercer lugar, establece diversas reglas relativas al procedimiento de concesión de la licencia que pueden tener una repercusión negativa real en el número de solicitudes de autorización presentadas o en el número de licencias concedidas.

“70 **Por consiguiente, la normativa controvertida, considerada en su conjunto, tiene como efecto obstaculizar y hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de operadores económicos de otros Estados miembros, de sus actividades en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña mediante un establecimiento permanente, afectando de ese modo a su establecimiento en el mercado español.**

“71 El Reino de España admite, además, que dicha normativa implica determinadas restricciones a la libertad de establecimiento.

“72 Por lo tanto, procede declarar que la normativa controvertida, considerada en su conjunto, constituye una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE.

“(…)

“73 **Según reiterada jurisprudencia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencias de 10 de marzo de 2009 [TJCE 2009, 50], Hartlauer, C-169/07, Rec. p. I-1721, apartado 44; de 19 de mayo de 2009 [TJCE 2009, 147], Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-4171, apartado 25, y Blanco Pérez y Chao Gómez, antes citada, apartado 61).**

“74 Entre esas razones imperiosas reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente (véase, en particular, la sentencia de 11 de marzo de 2010 [TJCE 2010, 73], Attanasio Group, C-384/08, Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada), la ordenación del territorio (véase, por analogía, la sentencia de 1 de octubre de 2009 [TJCE 2009, 304], Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Rec. p. I-9021, apartado 29 y jurisprudencia citada) y la protección de los consumidores (véase, en particular, la sentencia de 13 de septiembre de 2007 [TJCE

2007, 228], Comisión/Italia, C-260/04, Rec. p. I-7083, apartado 27 y jurisprudencia citada). En cambio, **los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general** (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010 [TJCE 2010, 103], CIBA, C-96/08, Rec. p. I-0000, apartado 48 y jurisprudencia citada).

“75 A este respecto, hay que recordar que, **si bien corresponde al Estado miembro que invoca una razón imperiosa de interés general para justificar una restricción a una libertad de circulación demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones** (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2009 [TJCE 2009, 21], Comisión/Italia, antes citada, apartado 66).

“76 Por consiguiente, ha de examinarse si la normativa controvertida, considerada no ya en su conjunto, sino en lo que respecta a cada una de las restricciones específicas alegadas por la Comisión, está justificada por razones imperiosas de interés general, como las invocadas por el Reino de España y mencionadas en el apartado 56 de la presente sentencia.

“(…)

“77 En el marco de su primera imputación, la Comisión hace referencia a las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales que resultan de la prohibición, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, de implantar tales establecimientos fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios, y del dimensionamiento por cada comarca y municipio conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006 y en el anexo 1.2 de este.

“78 El Reino de España alega que las disposiciones mencionadas son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente que persiguen. Según dicho Estado miembro, al limitar la implantación de grandes establecimientos comerciales a los núcleos más poblados, donde la demanda es mayor, y al limitar el tamaño de los establecimientos en las áreas menos pobladas, la normativa controvertida pretende evitar los desplazamientos en automóvil contaminantes, con-

trarrestar el deterioro de las zonas urbanas, preservar un modelo de ciudad integrado en el medio ambiente, evitar la construcción de nuevas carreteras y garantizar el acceso a esos establecimientos mediante transporte público.

“79 La Comisión considera, por el contrario, que las limitaciones controvertidas no son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos perseguidos.

“80 A este respecto, debe observarse que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente invocados por el Reino de España.

“81 No obstante, del artículo 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006 se desprende que no se preveía aumento alguno de la oferta comercial en formato de hipermercado en las comarcas en que dicha oferta se estimaba excesiva para el año 2009. En segundo lugar, se deduce del anexo 1.2 del anexo del citado Decreto que la oferta se estimó excesiva para ese año en 37 de las 41 comarcas de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En las cuatro comarcas restantes, con arreglo al referido artículo 10, apartado 2, únicamente podía aumentarse la oferta comercial en formato de hipermercado siempre que esta tipología no absorbiese más del 9% del gasto comercializable estimado para el año 2009 en productos de uso cotidiano y del 7% en productos de uso no cotidiano de la comarca. Por último, resulta del citado anexo 1.2 que, en esas cuatro comarcas, la superficie máxima para los hipermercados estaba limitada a 23.667 m², repartidos entre seis municipios.

“82 Resulta obligado observar que estas limitaciones específicas impuestas por la normativa controvertida, consideradas en su conjunto, afectan de forma significativa a las posibilidades de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

“83 En tales circunstancias, **las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación** (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008

[TJCE 2008, 338], Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 36 y jurisprudencia citada).

“84 Pues bien, ha de señalarse que **el Reino de España no ha expuesto datos suficientes para explicar por qué motivos las restricciones controvertidas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos.**

“85 **Habida cuenta de esta falta de explicaciones y de la significativa repercusión de las limitaciones examinadas sobre la posibilidad de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, procede considerar que las restricciones de la libertad de establecimiento impuestas en este aspecto no están justificadas.**

“86 De ello se desprende que la primera imputación debe estimarse.

“(…)

“87 Mediante las tres primeras partes de la segunda imputación, la Comisión cuestiona la legalidad, respectivamente, del artículo 6, apartado 1, de la Ley 7/1996, que exige la obtención de una licencia comercial específica previamente a la apertura de grandes establecimientos comerciales; del apartado 2, párrafo primero, del referido artículo 6, que, a efectos de la concesión de esa licencia, obliga a tener en cuenta la existencia de un equipamiento comercial en la zona correspondiente y los efectos de un nuevo establecimiento sobre la estructura comercial de dicha zona, y del artículo 8 de la Ley 18/2005 y los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006, que obligan a elaborar un informe sobre el grado de implantación, que es vinculante en caso de ser desfavorable y que debe ser desfavorable siempre que se exceda un determinado valor de cuota de mercado.

“88 El Reino de España afirma que las disposiciones impugnadas persiguen, de modo general, objetivos de protección del medio ambiente, de ordenación del territorio y de protección de los consumidores, con el propósito, por lo que respecta a este último objetivo, de asegurar una competencia más eficaz en términos de precio, de calidad y de variedad de la oferta.

“89 La Comisión, por el contrario, considera que dichas disposiciones persiguen objetivos meramente económicos, por cuanto tienden a proteger al pequeño comercio local.

“90 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la primera parte, relativa a la exigencia de obtener una licencia previamente a la apertura de un gran estable-

cimiento comercial, derivada del artículo 6, apartado 1, de la Ley 7/1996, ha de observarse que la Comisión no ha expuesto, ni en su recurso, ni en su réplica, ni en la vista, por qué considera que dicha exigencia, por sí misma, persigue objetivos meramente económicos.

“91 El Reino de España, por su parte, ha subrayado que, en lo que respecta a la implantación de grandes establecimientos comerciales, la consecución de los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente, tal como se exponen en el apartado 78 de la presente sentencia, depende de un procedimiento de autorización previa. Según dicho Estado miembro, los daños sobrevenidos en caso de no alcanzarse estos objetivos no podrían repararse *ex post*, es decir, una vez llevada a cabo la implantación.

“92 En este sentido, como ha observado el abogado general en el punto 91 de sus conclusiones, **la instauración de medidas preventivas y, por consiguiente, previas debe, en el presente contexto, considerarse adecuada para garantizar la realización del objetivo de protección del medio ambiente. En efecto, la adopción de medidas a posteriori, si se pone de manifiesto que la implantación de un establecimiento comercial ya construido tiene un impacto negativo sobre la protección del medio ambiente, resulta una alternativa menos eficaz y más costosa que el sistema de autorización previa. Este mismo razonamiento es aplicable en lo que respecta al objetivo de ordenación del territorio.**

“93 La Comisión tampoco ha indicado de qué manera la exigencia de obtener una licencia previamente a la apertura de un gran establecimiento comercial va más allá, por sí misma, de lo necesario para alcanzar los citados objetivos.

“94 La primera parte de la segunda imputación debe, por consiguiente, desestimarse.

“95 **En cambio, procede declarar que la obligación, derivada del artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley 7/1996, de tomar en consideración, a la hora de conceder tal licencia, la existencia de un equipamiento comercial en la zona correspondiente y los efectos de una nueva implantación sobre la estructura comercial de dicha zona, que es objeto de la segunda parte de la presente imputación, se refiere a la repercusión sobre el comercio ya existente y la estructura del mercado, y no a la protección de los consumidores.**

“96 Otro tanto puede decirse de la obligación, en el marco del procedimiento de concesión de esa licencia, de elaborar un informe sobre el grado de implantación, que es vinculante en caso de ser desfavorable y que debe ser desfavorable siempre que se exceda un determinado valor de cuota de mercado, obligación que resulta del artículo 8 de la Ley 18/2005 y de los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006 y que es objeto de la tercera parte de la presente imputación.

“97 A este respecto, debe señalarse que estas disposiciones exigen la aplicación de límites en cuanto al grado de implantación y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir grandes establecimientos comerciales o establecimientos comerciales medianos.

“98 Pues bien, tales consideraciones, por ser de carácter meramente económico, no pueden, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 74 de la presente sentencia, constituir una razón imperiosa de interés general.

“99 Por consiguiente, procede estimar las partes segunda y tercera de la segunda imputación.

“(…)

“100 En el marco de la cuarta parte de la imputación, la Comisión niega la compatibilidad con el artículo 43 CE del artículo 6, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley 7/1996, que exige la consulta del Tribunal de Defensa de la Competencia.

“101 De forma general, el Reino de España alega que las disposiciones relativas a la obtención de una licencia comercial específica, entre ellas la que impone la obligación de consultar al Tribunal de Defensa de la Competencia, están motivadas por objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores, son adecuadas para garantizar la realización de estos objetivos y no van más allá de lo necesario para alcanzarlos.

“102 La Comisión no ha indicado los motivos por los que considera que las justificaciones invocadas por el Reino de España no pueden admitirse.

“103 Ante la falta de aclaraciones concretas en relación con esta parte y dado que, como ha señalado la abogada general en el punto 96 de sus conclusiones, la obligación de consultar a un órgano encargado de examinar cuestiones de competencia, que emite un informe no vinculante, parece apro-

piada para garantizar la realización de los objetivos invocados por el Reino de España sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlos, procede desestimar la cuarta parte de la segunda imputación.

“(…)

“104 La quinta parte de la segunda imputación se refiere a la obligación, derivada del artículo 11 de la Ley 18/2005 y del artículo 26 del Decreto 378/2006, de consultar a la Comisión de Equipamientos Comerciales.

“105 A este respecto, la Comisión no parece criticar la existencia de dicha Comisión ni la obligación de consultarla como tal, sino el hecho de que esté compuesta por competidores potenciales del operador económico que desee implantar un nuevo gran establecimiento en Cataluña.

“106 Al igual que en lo relativo a las demás partes de la presente imputación, el Reino de España alega que las disposiciones mencionadas están motivadas por objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores, son adecuadas para garantizar la realización de esos objetivos y no van más allá de lo necesario para alcanzarlos.

“107 El artículo 11 de la Ley 18/2005 dispone que la Comisión de Equipamientos Comerciales elabore un informe no solo sobre las cuestiones relativas a la concesión de licencias comerciales por la Generalidad, sino también sobre los aspectos del planeamiento relativos a la designación de las zonas en que pueden crearse establecimientos comerciales, incluyendo la presentación de propuestas de modificación del PTAS. EC y de delimitación de la ‘trama urbana consolidada de los municipios’.

“108 La instauración de una comisión de esta naturaleza, encargada de elaborar un informe antes de que se adopte la decisión de conceder o denegar una licencia, teniendo en cuenta, en particular, la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, es adecuada para garantizar la realización de los objetivos perseguidos al respecto por la referida disposición.

“109 Por otra parte, como ha señalado la abogada general en el punto 102 de sus conclusiones, la existencia de esa Comisión y sus funciones no van más allá de lo necesario para alcanzar los mencionados objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente.

“110 En cambio, el artículo 26, apartado 1, del Decreto 378/2006, con arreglo al cual dicha

Comisión está compuesta por siete miembros que representan a departamentos de la Generalidad, seis que representan a las entidades municipales, siete en representación del sector comercial, dos expertos elegidos por el departamento de la Generalidad competente en materia de comercio y un secretario, no parece adecuado para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos.

“111 En efecto, ha de observarse que el único interés sectorial representado en dicha Comisión es el del comercio local ya existente. Ahora bien, **un organismo con esa composición, en el que no están representados los intereses relativos a la protección del medio ambiente y de los consumidores, mientras que sí lo están los competidores potenciales del solicitante de la licencia, no puede constituir un instrumento idóneo para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores.**

“112 Así pues, la existencia de la Comisión de Equipamientos Comerciales instaurada por el artículo 11 de la Ley 18/2005 y sus funciones, tal como aparecen enunciadas en este artículo, pueden estar justificadas. En cambio, su composición, tal como está prevista en el artículo 26 del Decreto 378/2006, no es adecuada para garantizar la consecución de los objetivos que persigue la instauración de dicha Comisión.

“113 De ello se desprende que debe estimarse la quinta parte de la segunda imputación en lo que se refiere a la composición de la citada Comisión tal como está prevista en el artículo 26 del Decreto 378/2006.

“(…)

“114 Mediante la sexta parte de la segunda imputación, la Comisión niega la compatibilidad del artículo 10 de la Ley 18/2005 con el Derecho de la Unión.

“115 A este respecto, **alega que algunos de los criterios en que deben basarse la Generalidad o las autoridades municipales para pronunciarse sobre las solicitudes de licencia comercial carecen de precisión. Se refiere, más concretamente, a las ‘condiciones que conforman la seguridad del proyecto y la integración del establecimiento en el entorno urbano’, la ‘movilidad generada por el proyecto’ y el ‘derecho de los consumidores a disponer de una oferta amplia y diversa en términos de calidad, cantidad, precio y características de los productos’.** Según la Comisión, tales criterios impiden a los solicitantes evaluar con precisión sus posibilidades

de obtener una licencia y conceden una excesiva discrecionalidad a las autoridades que las conceden.

“116 El Reino de España admite que el criterio del ‘derecho de los consumidores a disponer de una oferta amplia y diversa en términos de calidad, cantidad, precio y características de los productos’ puede no considerarse suficientemente preciso, pero sostiene que no es el caso de los otros dos criterios impugnados. Sea como fuere, dicho Estado miembro alega que el mero hecho de que los criterios carezcan de una definición precisa no los hace inapropiados para la consecución de los objetivos de protección del medio ambiente y de los consumidores. Además, según afirma, el legislador de la Unión hace uso de esta misma técnica, consistente en establecer criterios aplicables sin especificar valores de los que pueda deducirse *a priori* con exactitud si una solicitud será aprobada o no.

“117 A este respecto, hay que señalar que la Comisión no se opone a la naturaleza de estos criterios, sino únicamente a su falta de precisión. Ahora bien, si se admite que la integración en el entorno urbano, los efectos sobre el uso de la red viaria y del transporte público y la variedad de la oferta de que disponen los consumidores son criterios lícitos a la hora de decidir si ha de autorizarse la apertura de un establecimiento comercial, hay que observar, como lo hace la abogada general en el punto 116 de sus conclusiones, que resulta difícil establecer *a priori* límites precisos sin introducir un grado de rigidez que podría resultar aún más restrictivo de la libertad de establecimiento.

“118 **Toda vez que los criterios mencionados en el artículo 10 de la Ley 18/2005 no son precisos hasta el punto de resultar inadecuados para la realización de los objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores invocados por el Reino de España, ni desproporcionados con respecto a dichos objetivos, procede desestimar la sexta parte de la segunda imputación.**

“(…)

“119 Mediante la primera parte de la tercera imputación, **la Comisión critica el régimen de silencio negativo establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley 18/2005.**

“120 El Reino de España alega que este régimen constituye una garantía para cualquier interesado que haya presentado a la autoridad competente una solicitud de licencia comercial preceptiva, en virtud de las citadas disposiciones, para la apertura, la ampliación o

el traslado de establecimientos comerciales medianos y grandes. Según dicho Estado miembro, este mecanismo le permite actuar frente a la inactividad de la Administración y acudir a los tribunales al vencimiento del plazo máximo previsto para pronunciarse sobre la solicitud de licencia cuando no ha recaído ninguna resolución.

“121 La Comisión sostiene que dicho mecanismo es desproporcionado y que podría alcanzarse el mismo objetivo mediante un régimen de ‘silencio positivo’.

“122 Es cierto que un régimen en virtud del cual una solicitud de licencia se considerase concedida, en lugar de denegada, de no adoptarse una resolución denegatoria dentro del plazo establecido podría resultar menos restrictivo. Además, como ha señalado la abogada general en el punto 120 de sus conclusiones, tal régimen está previsto en el artículo 33, apartado 5, del Decreto 378/2006 en lo relativo a la emisión del informe sobre el grado de implantación.

“123 **No obstante, como se ha recordado en el apartado 75 de la presente sentencia, si bien es cierto que corresponde al Estado miembro que invoca una razón imperiosa de interés general para justificar una restricción a una libertad de circulación demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones.**

“124 A este respecto, no puede denegarse a los Estados miembros la posibilidad de hacer realidad objetivos como la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio y la protección de los consumidores mediante la introducción de normas fáciles de aplicar y controlar por las autoridades competentes (véase, por analogía, la sentencia de 16 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 396], Josemans, C-137/09, Rec. p. I-0000, apartado 82).

“125 **El régimen de silencio negativo, en el marco de un procedimiento de solicitud de licencia comercial que tiene como objetivos la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio y la protección de los consumidores, cuya función consiste en garantizar la seguridad jurídica en la hipótesis de que la autoridad competente para pronunciarse sobre la solicitud no adopte una resolución expresa en el plazo**

previsto, disponiendo que dicha inacción constituye una resolución implícita de desestimación y permitiendo así al solicitante acudir a los tribunales, resulta fácil de aplicar y controlar por las autoridades competentes. El Reino de España ha explicado, además, que, en tanto no se haya adoptado una resolución en el marco de dicho régimen, la Administración sigue estando obligada a adoptar un acto motivado que ponga fin al procedimiento.

“126 **De ello se deduce que debe desestimarse la primera parte de la tercera imputación.**

“(…)

“127 En el marco de la segunda parte de la tercera imputación, **la Comisión sostiene que las tasas previstas en el artículo 12 de la Ley 18/2005 por la tramitación de una solicitud de licencia y por el informe sobre el grado de implantación suponen para los operadores económicos interesados cargas que tienen un efecto disuasorio sobre su implantación en territorio catalán.** Según la Comisión, estas tasas, que no guardan relación con el coste del procedimiento de tramitación de la licencia comercial, son desproporcionadas.

“128 El Reino de España pone de relieve que dichas tasas se fijan en un determinado importe por metro cuadrado de la superficie de venta proyectada. Aclara que este importe se calculó inicialmente dividiendo los costes de tramitación generados en 1994 y 1995 por el número de metros cuadrados solicitados correspondientes a esos años y que desde entonces ha ido actualizándose en función de la inflación. Ello permite a los operadores calcular de antemano y con certeza el importe de las tasas. Dicho Estado miembro añade que el pago de las tasas se realiza de forma fraccionada, para que los solicitantes que desistan del proyecto no tengan que pagar la totalidad de estas, y que su importe equivale, en promedio, a un 0,1% del coste total del proyecto.

“129 A este respecto, **debe señalarse que este método de determinación del importe de las tasas adeudadas refleja la totalidad de los costes de tramitación de una forma razonable, sin desviarse significativamente de los costes reales en cada caso concreto. Además, su método de cálculo, consistente en un importe fijo por metro cuadrado, tiene la ventaja de que permite prever el coste del procedimiento de tramitación con absoluta transparencia.**

“130 Por lo tanto, debe desestimarse la segunda parte de la tercera imputación.

“(…)

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

“1) El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al adoptar o mantener en vigor las siguientes disposiciones:

“– el artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, por cuanto prohíbe la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios;

“– los artículos 7 y 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, así como el anexo 1 de este, por cuanto dichas disposiciones limitan la implantación de nuevos hipermercados a un reducido número de comarcas y exigen que esos nuevos hipermercados no absorban más del 9% del consumo de productos de uso cotidiano o del 7% del consumo de productos de uso no cotidiano;

“– el artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, el artículo 8 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, y los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por exigir estas disposiciones la aplicación de límites en cuanto al grado de implantación y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir nuevos establecimientos comerciales grandes ni medianos, y

“– el artículo 26 del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por cuanto regula la composición de la Comisión de Equipamientos Comerciales garantizando la representación de los intereses del comercio minorista ya existente y no contemplando la representación de las asociaciones activas en el ámbito de la protección del medio ambiente ni de las agrupaciones de interés que velan por la protección de los consumidores.”

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 20 de enero de 2011, C-463/09, CLECE, S.A. contra María Socorro Martín Valor y otros.

TJCE\2011\4. Petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad, o de partes de empresas o de centros de actividad. Posible aplicación a un Ayuntamiento que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, y decide poner fin al contrato celebrado con esta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal

Antecedentes

Cuestión prejudicial que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, mediante Auto de 20 de octubre de 2009, en el procedimiento entre CLECE, S.A., María Socorro Martín Valor y el Ayuntamiento de Cobisa.

Ponente: Don J. Malenovsky.

Extracto de doctrina

“21 En este contexto, el tribunal remitente se pregunta si se debe considerar incluida en el ámbito de aplicación del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23, en relación con la letra b) del mismo apartado, una situación en la que un Ayuntamiento decide asumir con su propio personal la prestación de la actividad de limpieza de sus diversas dependencias, que anteriormente tenía contratada con una empresa de limpieza, con la que rescinde la contrata existente, para lo que contrata nuevo personal que realice esa actividad, y sin que al mismo le sea de aplicación el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, que regula la obligación de subrogación en tales supuestos.

“22 En particular, el Tribunal remitente pregunta si, en el asunto principal, procede extraer las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23, aunque el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Toledo no sea de aplicación al Ayuntamiento de Cobisa, y ello con las peculiaridades propias de ser un empleador público, que introduce

matizaciones en sus relaciones laborales conforme al artículo 103, apartado 3, de la Constitución española.

“23 En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“Si debe de considerarse incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva [2001/23], contenido en el artículo 1, 1, a) y b), un supuesto de reversión o asunción, por parte de un Ayuntamiento, de la actividad de limpieza de sus diversas dependencias, que antes venía siendo prestada por una empresa contratista, para lo que contrata nuevo personal.’

“(…)

“24 Mediante su cuestión el órgano jurisdiccional nacional pregunta fundamentalmente si debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 en el sentido de que esta se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con esta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza, contratando para ello nuevo personal.

“25 En primer lugar, procede señalar que, en virtud de su artículo 1, apartado 1, letra c), la Directiva 2001/23 es aplicable a empresas públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro.

“26 Así, **el Tribunal de Justicia ha declarado que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, en el caso de autos un Ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23** (véanse las sentencias de 26 de septiembre de 2000 [TJCE 2000, 212], Mayeur, C-175/99, Rec. p. I-7755, apartados 29, 33 y 34, y de 29 de julio de 2010 [TJCE 2010, 241], UGT-FSP, C-151/09, Rec. p. I-0000, apartado 23).

“27 Por consiguiente, el hecho de que, como sucede en el procedimiento principal, uno de los sujetos interesados sea un Ayuntamiento no se opone, por sí solo, a la aplicación de la Directiva 2001/23.

“28 A tenor de su artículo 1, apartado 1, letra a), la Directiva 2001/23 se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

“29 A este respecto, según reiterada jurisprudencia el alcance de la citada disposición no puede deter-

minarse basándose exclusivamente en la interpretación literal. Habida cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas de esta Directiva y de las divergencias entre las legislaciones nacionales sobre el concepto de cesión contractual, el Tribunal de Justicia ha dado a este concepto una interpretación suficientemente flexible para responder al objetivo de la Directiva, consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa (en este sentido, véase la sentencia de 13 de septiembre de 2007 [TJCE 2007, 233], Jouini y otros, C-458/05, Rec. p. I-7301, apartado 24 y jurisprudencia citada).

“30 Por ello el Tribunal de Justicia ha considerado que la Directiva 77/187, codificada por la Directiva 2001/23, era aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa (véanse las sentencias de 7 de marzo de 1996 [TJCE 1996, 41], Merckx y Neuhuys, C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253, apartado 28, y de 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 308], Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. p. I-8179, apartado 23).

“31 El Tribunal de Justicia ha considerado asimismo que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/187 una situación en la que una empresa que se sirve de otra empresa para la limpieza de sus locales o de una parte de estos, decide poner fin al contrato que la vincula a esta y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas (véase la sentencia Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], antes citada, apartado 25).

“32 De ello se desprende que **no puede excluirse de entrada que la Directiva 2001/23 se aplique en circunstancias como las del asunto principal, en las que un Ayuntamiento decide unilateralmente poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada y hacerse cargo directamente de las actividades de limpieza que había encargado a esta.**

“33 Sin embargo, conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, **para que esta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular.**

“34 Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la opera-

ción de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 1986 [TJCE 1986, 65], Spijkers, 24/85, Rec. p. 1119, apartado 13; de 19 de mayo de 1992 [TJCE 1992, 99], Redmond Stichting, C-29/91, Rec. p. I-3189, apartado 24; de 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997, 45], Süzen, C-13/95, Rec. p. I-1259, apartado 14, y de 20 de noviembre de 2003 [TJCE 2003, 386], Abler y otros, C-340/01, Rec. p. I-14023, apartado 33).

“35 El Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (véanse las sentencias antes citadas, Süzen [TJCE 1997, 45], apartado 18; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 31, y UGT-FSP, apartado 28).

“36 Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (véanse las sentencias Süzen [TJCE 1997, 45], antes citada,

apartado 21; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 309], Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002 [TJCE 2002, 29], Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP [TJCE 2010, 241], antes citada, apartado 29).

“37 A este respecto, como se desprende del apartado 31 de la presente sentencia, poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas.

“38 En efecto, si, en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores que constituye el objetivo de esta Directiva quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedidos que, sin embargo, están garantizados por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23.

“39 **Es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, como la del procedimiento principal, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 27; Hidalgo y otros [TJCE 1998, 309], apartado 26, y Jouini y otros [TJCE 2007, 233], apartado 32), y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de limpieza puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica (en este sentido, véase la sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 27). No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate.**

“40 **A este respecto, del auto de remisión se desprende que, con objeto de realizar directa-**

mente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa. En estas circunstancias, el único vínculo entre las actividades ejercidas por CLECE y las asumidas por el Ayuntamiento de Cobisa es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales.

“41 Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Süzen [TJCE 1997, 45], apartado 15; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 30, e Hidalgo y otros [TJCE 1998, 309], apartado 30). En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla.

“42 De ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23.

“43 Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que esta no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con esta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal.

“(…)

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

“El artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que esta no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con esta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal.”

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 26 de mayo de 2011, C-306/08, Comisión Europea contra España. JUR\2011\175027. La Comisión Europea pretende que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y de la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, respectivamente, al adjudicar “programas de actuación integrada” con arreglo, sucesivamente, a la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística de la Comunidad Valenciana, y a la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana

Antecedentes

Recurso de incumplimiento donde la Comisión Europea pretende que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y de la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, respectivamente, al adjudicar “programas de actuación integrada” con arreglo, sucesivamente, a la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística de la

Comunidad Valenciana, y a la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana.

Ponente: Don D. Sváby.

Extracto de doctrina

“58 Toda vez que el Reino de España mantuvo su postura en su respuesta, fechada el 11 de enero de 2007, al dictamen motivado complementario, la Comisión interpuso el presente recurso, mediante el que solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España:

“– ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1, 6, apartado 6, 11, 12 y 24 a 29 de la Directiva 93/37, al adjudicar los PAI con arreglo a la LRAU;

“– ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 6, 24, 30, 31, apartado 4, letra a), y 53 de la Directiva 2004/18, al adjudicar los PAI con arreglo a la LUV.

“(…)

“84 Con carácter preliminar, es preciso señalar que el presente recurso versa únicamente sobre la adjudicación de contratos de urbanización conforme a las leyes adoptadas sucesivamente por la Comunidad Autónoma de Valencia sobre la base de sus competencias autonómicas en materia de urbanismo, ocupación del suelo y ordenación del territorio.

“85 Más concretamente, la Comisión reprocha al Reino de España la adjudicación de los PAI, es decir, las actuaciones integradas, que tienen por objeto la urbanización conjunta de varias parcelas conforme a una programación única que transforma dichas parcelas en solares, con arreglo, por un lado a la LRAU y, por otro, a la LUV, infringiendo las directivas 93/37 y 2004/18, respectivamente.

“86 Los reproches formulados por la Comisión solo se refieren al procedimiento de aprobación de los PAI en gestión indirecta, que, conforme a las normativas en cuestión, implica la delegación –por la entidad adjudicadora competente a un particular– de la condición de urbanizador, seleccionado conforme a un procedimiento público de competencia, con independencia de que sea o no propietario de los terrenos afectados.

“87 A este respecto, la Comisión sostiene que los contratos de urbanización de que se trata deben calificarse de “contratos públicos de obras” y deben cumplir por ello las exigencias establecidas en la Directiva

93/37 y, posteriormente, en la Directiva 2004/18. Así se desprende, por lo que respecta a las imputaciones formuladas en contra de la LRAU, de la base jurídica del recurso, que se limita a la infracción de la Directiva 93/37, y, por lo que respecta a las imputaciones formuladas en contra de la LUV, del dictamen motivado complementario, como señala la Comisión en su escrito de demanda y confirmó en la vista.

“88 En cuanto al concepto de ‘contratos públicos de obras’, en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, procede señalar que se refiere a los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos, por una parte, y una o varias entidades adjudicadoras, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva 93/37 y en el anexo I de la Directiva 2004/18 o de una obra definida en el artículo 1, letra c), de la Directiva 93/37 y en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora.

“89 Por otra parte, de los considerandos decimosexto de la Directiva 92/50 y décimo de la Directiva 2004/18 en relación con el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, respectivamente, se desprende que un contrato solo puede considerarse ‘contrato público de obras’ si su objeto responde a la definición dada en el apartado anterior y que las obras accesorias que no formen parte del objeto del contrato no pueden justificar la clasificación de este como contrato público de obras.

“90 Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse (véase, en este sentido, la sentencia Aurox y otros [TJCE 2007, 16], antes citada, apartado 37).

“91 Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que solo tienen carácter acce-

sorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato (sentencia de 21 de febrero de 2008 [TJCE 2008, 30], Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 49).

“92 En el caso de autos, **debe señalarse que la Comisión se limita a alegar que los contratos de urbanización controvertidos deben calificarse de ‘contratos públicos de obras’ debido a que el objeto principal del PAI es, en el sentido de los artículos 1, letra c), de la Directiva 93/37 y 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, una ‘obra’ de urbanización de dos o más parcelas que supone la realización de un acceso rodado por vía pavimentada, el suministro de agua potable y energía eléctrica, la evacuación de aguas residuales, el encintado de aceras y el alumbrado público. A este respecto, señala que los servicios prestados por el urbanizador –tales como la redacción de los documentos técnicos, la elaboración y la gestión del proyecto de reparcelación o, con arreglo a la LUV, la selección del empresario constructor encargado de la ejecución de las obras– tienen carácter instrumental y accesorio.**

“93 Asimismo, es preciso señalar que **el Reino de España refuta la apreciación** de la Comisión de que el PAI debe calificarse de ‘obra’, en el sentido de las directivas 93/37 y 2004/18, y afirma que la ejecución de tal obra no constituye su objetivo exclusivo ni siquiera fundamental. A estos efectos, dicho Estado miembro alega que **el urbanizador es también el responsable financiero de la ejecución de las obras y está encargado igualmente de efectuar las gestiones necesarias para garantizar la gratuidad de las operaciones para la Administración, así como el reparto justo de los costes correspondientes y de los beneficios inmobiliarios correlativos entre los propietarios de los solares que los financian.** Además, el Reino de España sostiene que los contratos controvertidos deben calificarse de ‘concesiones de servicios’ en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18.

“94 Pues bien, **según reiterada jurisprudencia, en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, incumbe a la Comisión probar la existencia de dicho incumplimiento. Debe aportar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que este pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en presunciones (sentencia de 27 de enero de**

2011, Comisión/Luxemburgo, C-490/09, aún no publicada en la Recopilación, apartado 49, y jurisprudencia citada).

“95 **Sobre este particular, y por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a cargo del urbanizador, es preciso señalar que, pese a los elementos de análisis proporcionados por el Reino de España, la Comisión no intentó apoyar sus propias alegaciones ni refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen profundo de dichos elementos.**

“96 **No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de ‘obras’ en el sentido de las directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda, a saber, la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI. Así ocurre también cuando el urbanizador, como se puntualiza en el artículo 119, apartado 1, de la LUV, debe organizar el concurso público destinado a designar al empresario constructor al que se confiere la ejecución de las obras de urbanización.**

“97 Por otra parte, cabe señalar que algunas de las actividades que comprenden los PAI, tanto con arreglo a la LRAU como a la LUV, según se han mencionado en el apartado anterior, parecen corresponder, por su naturaleza, a las actividades contempladas en la categoría 12 de los anexos I, parte A, de la Directiva 92/50 y II, parte A, de la Directiva 2004/18, relativas a los servicios mencionados en el artículo 1, letra a), de la

Directiva 92/50 y en el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18, respectivamente.

“98 De todo ello resulta que **la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el Ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado.**

“99 De las consideraciones anteriores se desprende que procede desestimar el recurso de la Comisión.

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) decide:

“1.º Desestimar el recurso.

“2.º Condenar en costas a la Comisión Europea.”

B) Jurisprudencia constitucional

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 20/2011, de 14 de marzo de 2011. Derechos de participación política de concejales no adscritos

Antecedentes

Recurso de amparo promovido por don José Luis Peña Domingo y don Juan José Moreno Alonso contra la Sentencia de 29 de mayo de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid recaída en el procedimiento de protección de derechos fundamentales núm. 1-2006, y contra la Sentencia de 27 de septiembre de 2006 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se desestima el recurso de apelación núm. 402-2006 interpuesto contra la anterior.

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes.

Extracto de doctrina

“1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la decisión del secretario de la comisión informativa de asuntos económicos del Ayuntamiento de Majadahonda de convocar a los recurrentes a la sesión ordinaria de dicha comisión que se celebró el 24 de enero de 2006 en calidad de concejales no adscritos, con derecho a intervenir haciendo uso de la palabra, pero sin voto, siguiendo las instrucciones previamente impartidas en este sentido por el secretario general del

Ayuntamiento de la corporación en su circular núm. 1/2005 de 7 de octubre de 2005, ha vulnerado los derechos de participación política de los recurrentes reconocidos en el art. 23 CE.

“2. Previamente a entrar en el análisis de fondo, debe precisarse que, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, si bien el amparo se dirige formalmente contra las sentencias referidas en el encauzamiento, en realidad estamos ante un amparo del art. 43 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), pues su verdadero objeto es la actuación del Ayuntamiento de Majadahonda impugnada en la vía contencioso-administrativa en relación con la convocatoria de los recurrentes a la sesión de la comisión informativa de asuntos económicos del Ayuntamiento de Majadahonda celebrada el 24 de enero de 2006, a la que se imputa la vulneración de los derechos de participación política de los recurrentes garantizados en el art. 23 CE, vulneración que asimismo se imputa a ambas sentencias en cuanto confirman la actuación municipal impugnada, lo que ha de entenderse aquí a los efectos de agotar la vía judicial previa al amparo (art. 43.1 LOTC).

“Por otra parte, la también alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE que se imputa a las sentencias no empece la anterior conclusión, pues la invocación del art. 24.1 CE carece de sustantividad propia, porque con la referencia al mismo los recurrentes se limitan en realidad a denunciar que las sentencias recurridas, al validar la actuación municipal a la que se vincula directamente la vulneración de los derechos de participación política que garantiza el art. 23 CE, no les han otorgado la tutela judicial efectiva pretendida, lo que, en definitiva, reconduce la cuestión al análisis de la lesión de los derechos fundamentales sustantivos del art. 23 CE.

“3. Delimitado así el objeto de nuestro examen, ha de recordarse que, como se ha indicado en los antecedentes, los recurrentes sostienen que la decisión municipal –validada por las sentencias impugnadas– de convocarles a la sesión de la comisión informativa de asuntos económicos del Ayuntamiento de Majadahonda celebrada el 24 de enero de 2006 como concejales no adscritos con voz pero sin voto (al igual que había venido sucediendo para las convocatorias de otras comisiones informativas) ha lesionado su derecho de participación política, al fundarse en una interpretación de lo establecido en el art. 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL),

en la redacción dada por la Ley 57/2003, contraria al art. 23 CE, pues restringe algunas de las facultades que como concejales les correspondían. **Aducen los recurrentes que, tras haber sido expulsados del grupo político al que inicialmente pertenecían, no procede su consideración como concejales no adscritos, sino que conservan su derecho a quedar integrados en un grupo político –que habrá de ser el grupo mixto– con todos los derechos inherentes, incluido el de participar en las comisiones informativas municipales no solo con voz, sino también con voto.**

“Para dar adecuada respuesta a la cuestión planteada ha de partirse de la doctrina sentada en nuestra STC 169/2009, de 9 de julio, con ocasión del recurso de amparo interpuesto por varios diputados provinciales que habían sido expulsados de la formación política con la que habían concurrido a las elecciones locales y que no fueron admitidos en el grupo político en el que solicitaron su incorporación, siendo considerados por la Diputación Provincial como miembros no adscritos, con derecho a participar en las comisiones informativas con voz pero sin voto. **Como recuerda en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, en la citada STC 169/2009 declaramos que la supresión del grupo mixto de la Diputación Provincial y la consideración de dichos diputados como no adscritos, con la consiguiente pérdida del régimen de dedicación exclusiva, de los beneficios económicos y de la infraestructura que estaba a disposición del grupo mixto, no vulneró los derechos de participación política de los recurrentes reconocidos en el art. 23 CE; vulneración que sí declaramos producida, en cambio, en cuanto que la decisión de la Diputación Provincial impugnada privó a los diputados provinciales no adscritos de la facultad de votar en las comisiones informativas. La aplicación de esta doctrina al presente caso conduce, como seguidamente se razonará, a apreciar que se ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la participación política en condiciones de igualdad (art. 23 CE), por privarles del derecho a voto en las comisiones informativas municipales a las que fueron convocados.**

“4. En la STC 169/2009, con cita de nuestra reiterada doctrina al respecto, se recuerda **la directa conexión que existe entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en**

los asuntos públicos (art. 23.1 CE), y asimismo se recuerda que el derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que ‘[u]na vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren’ (por todas, SSTC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; y 169/2009, de 9 de julio, FJ 2).

“Por esta razón, **para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23 CE es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante, ‘pues a estos efectos solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa’ (SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3 y 169/2009, de 9 de julio, FJ 2).**

“Aplicando esta doctrina al problema concreto que aquí se plantea, debemos afirmar, como ya lo hicieramos en la STC 169/2009, FFJJ 3 y 4, que **la decisión de la corporación municipal –confirmada en vía judicial– de considerar a los recurrentes como concejales no adscritos, con rechazo de su pretensión de constituirse en grupo mixto, no vulneró su derecho de participación política, pues no afecta al núcleo de la función representativa.**

“Debe advertirse en primer lugar que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, no le corresponde a este Tribunal examinar la queja de los recurrentes por la que se aduce que el art. 73.3 LBRL (en la redacción dada por la Ley 57/2003) se ha aplicado a un supuesto distinto del previsto en dicha norma (según alegan los recurrentes, lo dispuesto en este precepto legal resulta de aplicación al fenómeno del transfuguismo, supues-

to este que, a su juicio, no concurriría en su caso, por lo que no cabría calificarles como concejales no adscritos), al ser esta una cuestión ajena al derecho fundamental que los recurrentes consideran vulnerado (STC 169/2009, FJ 8).

“Sentada esta premisa, ha de recordarse que entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación municipal se encuentran la de participar en la actividad de control del Gobierno municipal, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación y la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones. Ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la imposibilidad de constituirse en grupo mixto o de integrarse en algún otro grupo político (STC 169/2009, FJ 3). En efecto, la consideración de los recurrentes como concejales no adscritos no les ha impedido ejercer las funciones de control del Gobierno municipal (han podido presentar las mociones y escritos que tuviesen por conveniente), ni tampoco su plena participación en el Pleno de la corporación (han podido participar en las deliberaciones en el turno de intervenciones y ejercer el derecho al voto, que es un derecho individual de todos los miembros de la corporación).

“Por otra parte, como hemos advertido en la STC 169/2009, FJ 4, la pérdida de los beneficios económicos y de la infraestructura asociada al grupo político como la imposibilidad de tener portavoz y consecuentemente, de formar parte, en su caso, de la junta de portavoces, son limitaciones que, con carácter general, no pueden considerarse lesivas de los derechos que consagra el art. 23 CE.

“En consecuencia, ni la consideración como concejales no adscritos, con la consiguiente imposibilidad de formar parte de ningún grupo político municipal, ni las consecuencias que de ello se derivan, vulneran el derecho de los recurrentes a ejercer su *ius in officium*, por lo que, en este punto, ha de rechazarse la pretendida lesión de los derechos garantizados por el art. 23 CE.

“5. Distinta es la conclusión a la que llegamos respecto de la participación de los recurrentes en las comisiones informativas municipales.

“Como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, en el caso que nos ocupa, siguiendo

do las instrucciones impartidas mediante una circular del secretario general de la corporación municipal, se admite la participación de los concejales no adscritos en todas las comisiones informativas, a las que se les convoca, y al propio tiempo se vacía de contenido el ejercicio del derecho que previamente se les atribuye, al privarles del derecho a voto, circunstancia que ha de conducir, como en el asunto resuelto por la STC 169/2009, al otorgamiento del amparo.

“Pese a que la función de estas comisiones informativas no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes, en la STC 32/1985, de 6 de marzo, ya dijimos, a propósito del papel de estas comisiones informativas en el proceso de toma de decisiones del Pleno, que ‘solo un formalismo que prescindiera absolutamente de la realidad puede ignorar la trascendencia que en este proceso tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas’, ‘que se adoptarán por mayoría de votos y recogerán el voto particular de quien así lo desee’ (FJ 2). A la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno en orden al ejercicio de la función de control así como para la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse, en sintonía con lo declarado en STC 169/2009, FJ 4, que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos de participación política ex art. 23 CE alegada por los recurrentes.

“6. Ahora bien, como también se advirtió en la STC 169/2009, FJ 4, de lo anterior no se deriva que los concejales no adscritos tengan derecho a que su voto compute en los mismos términos que el de los miembros de la comisión informativa adscritos a grupo. Si así fuera, teniendo en cuenta que la comisión informativa es una división interna del Pleno de la corporación, sus miembros no adscritos disfrutarían en su seno de una posición de sobrerrepresentación. Tal y como señalamos en la STC 32/1985, de 6 de

marzo, 'la composición no proporcional de las comisiones informativas resulta constitucionalmente inaceptable porque estas son órganos solo en sentido impropio y en realidad meras divisiones internas del Pleno', de tal manera que, en 'cuanto partes del Pleno deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política de este' (FJ 2). Esta exigencia despliega sus efectos tanto para garantizar los derechos de participación política de las minorías, que es lo que se cuestionaba en la citada Sentencia, como en el sentido opuesto, es decir, para evitar la materialización del riesgo de sobrerrepresentación de la minoría que se deriva del derecho de participación directa en las comisiones informativas que corresponde a los miembros no adscritos de la corporación. Por esta razón, ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL, habrán de adoptarse las disposiciones organizativas que procedan para garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la citada exigencia de proporcionalidad.

"7. Para concluir debemos precisar, como igualmente hicimos en la STC 169/2009, FJ 5, que **la decisión de privar a los recurrentes de su derecho a votar en las comisiones informativas no se deriva necesariamente de la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 73.3 LBRL** que, por lo que aquí interesa, se limita a establecer que los miembros de las corporaciones locales que 'no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia', en lugar de constituirse en grupo político, 'tendrán la consideración de miembros no adscritos'. Quiere ello decir que el precepto no habilita a la corporación municipal para privar a los concejales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos, tal y como ocurre con derecho a votar en el Pleno y en las divisiones de este que en su caso se constituyan.

"A esta misma conclusión llegamos en cuanto a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, que también se invoca en las sentencias impugnadas en amparo, en cuyo apartado 2 se determina que el concejal que abandone 'el grupo que corresponda a la candidatura en la que resultó elegido ... no podrá

integrarse en ningún otro grupo político, actuando en la corporación como concejal no adscrito a grupo político', a lo que añade el apartado 4 que 'el concejal no adscrito tendrá los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la corporación, pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político'. La decisión de privar a los recurrentes de su derecho a votar en las comisiones informativas tampoco se deriva necesariamente de la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 32 de la Ley madrileña 2/2003.

"Otra sería la conclusión si se entendiera que esa privación a los recurrentes del derecho al voto en las comisiones informativas municipales deriva necesariamente de la aplicación de lo previsto en el art. 33.3 de la citada Ley madrileña 2/2003, en cuanto establece que las comisiones informativas 'estarán integradas exclusivamente por concejales designados por los distintos grupos políticos de forma proporcional a su representatividad en el Pleno' (precepto legal sobre cuya constitucionalidad, en la medida que se interpreta que niega a los concejales no adscritos el derecho a participar en las comisiones informativas, habrá de pronunciarse este Tribunal al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1992-2010 y 7128-2010). De entenderse así, habría procedido, de conformidad con lo previsto en el art. 55.2 LOTC (en relación con la Disposición transitoria cuarta de la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo), elevar cuestión al Pleno sobre dicho precepto legal, con suspensión del plazo para dictar sentencia en el presente recurso de amparo. Sin embargo, al margen de que el art. 33.3 de la citada Ley madrileña 2/2003 no se invoca en las sentencias recurridas en amparo como fundamento para la resolución del asunto, se advierte que ni la convocatoria de los recurrentes a la comisión informativa en cuestión ni las sentencias recaídas en vía contencioso-administrativa que la confirman como ajustada a Derecho fundamentan en ese precepto legal la decisión de permitir a los recurrentes intervenir en la comisión con voz aunque privándoles del derecho a voto, por lo que en modo alguno cabe entender que la lesión del art. 23.2 CE producida por esa decisión municipal traiga causa de la aplicación del referido precepto legal (lo que tampoco se alega por las partes ni por el Ministerio Fiscal). En consecuencia, no procede actuar conforme a lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC, debiendo asimismo recordarse que el proceso de amparo no es el procedimiento adecuado para efectuar juicios abstractos de

constitucionalidad de normas (SSTC 93/1995, de 19 de junio, FJ 4; 83/2000, de 27 de marzo, FJ 2; y 169/2009, FJ 8, entre otras muchas).

“8. Las anteriores conclusiones conducen necesariamente, como ha quedado expuesto, al otorgamiento del amparo solicitado en el extremo señalado, si bien es necesario precisar el alcance de nuestro fallo, toda vez que en la fecha en que pronunciamos esta Sentencia ha finalizado ya el mandato para el que los recurrentes fueron elegidos y en el que se adoptó la decisión municipal de privarles de derecho al voto en la comisión informativa a que se refiere el presente recurso de amparo. Por este motivo, no cabe adoptar en el fallo de esta Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado por el Ayuntamiento de Majadahonda (por todas, STC 169/2009, FJ 9), de suerte que la pretensión de los recurrentes ha de quedar satisfecha mediante la declaración de la lesión de su derecho recogido en el art. 23 CE y la nulidad del acto de la corporación municipal que impidió su ejercicio y de las sentencias recaídas en vía contencioso-administrativa que lo confirman.”

Auto de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 11/2011, de 14 de febrero de 2011. Coadyuvante en conflicto en defensa de la autonomía

Antecedentes

Conflicto en defensa de la autonomía local contra la Ley 3/2010, de 10 de marzo, del Parlamento de La Rioja, por la que se aprueba la alteración de los términos municipales de Torremontalbo y de Uruñuela.

Ponente: desconocido.

Extracto de doctrina

“1. La representación procesal del Ayuntamiento de Uruñuela solicita que se le tenga por personada como parte coadyuvante de la Comunidad Autónoma de La Rioja en el conflicto en defensa de la autonomía local promovido por el Ayuntamiento de Torremontalbo contra la Ley 3/2010, de 10 de marzo, del Parlamento de La Rioja, por la que se aprueba la alteración de los términos municipales de Torremontalbo y de Uruñuela.

“Al respecto tanto el Consejo de Gobierno como el Parlamento de La Rioja han manifestado su parecer favorable a la admisión de la personación solicitada a

la que se ha opuesto el Ayuntamiento de Torremontalbo, promotor del presente conflicto en defensa de la autonomía local.

“2. La petición de personación se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 81 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). Sin embargo es constante nuestra doctrina según la cual ‘es necesario recordar que el art. 81.1 LOTIC atiende únicamente a la cuestión relativa a la postulación –los que comparecen han de hacerlo representados y asistidos jurídicamente–, sin disponer sustantivamente nada sobre la articulación de fórmulas litisconsorciales o sobre la intervención de coadyuvantes en los procesos constitucionales, razón por la cual el art. 81.1 LOTIC debe considerarse como una norma de remisión a los propios preceptos de la LOTIC en orden a la determinación de la viabilidad o no de la comparecencia, con el carácter de coadyuvantes, de terceras personas en tales procesos’ (al respecto, con cita de otros, ATC 377/2008, de 25 de noviembre, FJ 2).

“En este sentido la legitimación para plantear conflictos en defensa de la autonomía local, en tanto que vía específica para su defensa ante el Tribunal Constitucional, se somete por el legislador orgánico a un sistema de *numerus clausus*, quedando fuera de dicho sistema cualesquiera otras personas físicas y jurídicas y, en concreto, los entes locales que no sean los municipios y las provincias en los términos fijados por el propio art. 75.ter.1. LOTIC por lo que, en principio, no es posible admitir, la personación o comparecencia de otras personas jurídicas o físicas en términos distintos de los expresamente mencionados en aquellos preceptos. No obstante lo anterior no cabe obviar que no resulta desconocido en nuestra doctrina la admisión excepcional de la personación de coadyuvantes en los procesos constitucionales. Así, en el caso de recursos de inconstitucionalidad, este Tribunal ha admitido la personación como coadyuvantes de determinados sujetos en razón a que los mismos tenían legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad y a que el objeto de los litigios implicados podía afectar a su ámbito de autonomía (así AATC 172/1995, de 6 de junio, FJ 5, y 142/1998, de 16 de junio, FJ 3). Del mismo modo, siquiera en muy limitado número de casos, este Tribunal ha aceptado la comparecencia en calidad de coadyuvantes en conflictos de competencia de corporaciones cuyos intereses podían verse directamente afectados por la Sentencia a dictar (así, AATC 459/1985, de 4 de julio; 55/1988, de 14 de ene-

ro, y 192/1999, de 20 de julio). En tal sentido ha de tenerse presente tanto que el Ayuntamiento de Uruñuela ostentaba legitimación para promover este tipo de proceso contra la Ley 3/2010, de 10 de marzo, del Parlamento de La Rioja, en tanto que la misma plantea un asunto que incuestionablemente le atañe al ser uno de los destinatarios de la norma, como que el art. 75.quinque.5 LOTC establece como contenido necesario de la Sentencia la declaración de la existencia o no de vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada y como otros contenidos posibles la determinación de la titularidad o atribución de la competencia controvertida y, en su caso, la resolución de lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local.

“3. Por tanto, con arreglo a lo expuesto, ha de admitirse aquí la personación en tanto que la indudable legitimación del Ayuntamiento de Uruñuela para promover ante este Tribunal un conflicto en defensa de la autonomía local contra la Ley 3/2010 abona, con arreglo a nuestra doctrina en la materia, su personación como coadyuvante en este proceso. No cabe olvidar tampoco que la legitimación de los coadyuvantes tiene que fundarse en un interés y este hay que considerarlo como una situación jurídica que puede resultar afectada por la resolución que en el proceso se dicte. En el presente caso, en el que lo afectado es la alteración de los límites de los términos municipales de Torremontalbo y Uruñuela, es claro, existen intereses directos y concretos de este último que pudieran verse afectados por la resolución del conflicto y que legitiman su intervención como coadyuvante en el proceso constitucional. Bien entendido que este reconocimiento no le convierte en parte principal del proceso, sino que solo le permite intervenir como parte secundaria y subordinada de las demandadas, en punto a coadyuvar en la defensa de la conformidad de la norma impugnada con el principio constitucional de autonomía local y, sin que, en ningún caso, dicha intervención adhesiva pueda suponer la modificación del objeto procesal debiendo quedar así circunscrita su intervención.” ■

26_{QDL}

Documentos e informes jurídicos



Política municipal. Guía para la mejora de la calidad institucional y la eficiencia de los Gobiernos locales

Capítulo 1. La dimensión institucional de la política municipal: la organización y sus actores

Es en el municipio donde reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones municipales son para la libertad lo que las escuelas primarias para la ciencia: la ponen al alcance del pueblo, le hacen gozar de su uso pacífico y le acostumbran a servirse de ella. Sin instituciones municipales, una nación puede darse un Gobierno libre, pero no tendrá el espíritu de la libertad.

Alexis de Tocqueville

Si las instituciones fallan, es principalmente porque las propias personas fallamos a las instituciones. Y las personas fallamos a las instituciones cuando no pensamos ni actuamos con la debida consideración por los fines o propósitos dotados de especial valor que esas mismas instituciones personifican.

Hugh Hecló

Preliminar

1. El Gobierno municipal comienza a andar: la trascendencia de los primeros pasos
2. La definición de las prioridades políticas es la esencia de la actividad del político (alcalde o concejal) que gobierna un municipio
3. Gobierno y Oposición: unas breves reflexiones
4. La "Gobernanza" local: batería de instrumentos para un "buen gobierno"
5. La organización administrativa y la gestión del cambio
6. La necesidad objetiva de una dirección pública profesional en el espacio local de gobierno
7. Las "personas" que trabajan en la organización
8. Relaciones del municipio con otros niveles de gobierno
9. Cuadro-Anexo: algunos consejos a los alcaldes
10. Conclusiones
11. Instrumentos de gestión
12. Algunas lecturas complementarias

Preliminar

La función principal de las instituciones en la sociedad es reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable (pero no necesariamente eficiente) de la interacción humana.

Douglass C. North

Nadie puede poner en duda la dimensión institucional del municipio como poder público en un Estado democrático. Y **la calidad del sistema institucional es, sin duda, uno de los elementos que sustenta el desarrollo económico y social.** Las instituciones son, en efecto, “infraestructuras sociales” que permiten un mejor crecimiento y acentúan la competitividad.

Tampoco se puede objetar nada a la idea de que **los municipios, en cuanto instituciones, compiten entre sí:** unas estructuras institucionales adecuadas, inspiradas en criterios de calidad democrática y buen gobierno, eficientes en su gestión y con una ciudadanía cívica, son factores que atraen inversiones, personas, negocios y, a fin de cuentas, prosperidad y empleo. Todo ello acrecienta la confianza que los ciudadanos tienen en su sistema institucional.

La falta de confianza es claramente incompatible con el buen funcionamiento de una sociedad.

Tony Judt

1. El Gobierno municipal comienza a andar: la trascendencia de los primeros pasos

Todo al nacer es débil y tierno. Por ello hemos de tener los ojos abiertos en los comienzos; pues así como entonces por su pequeñez no descubrimos el peligro, cuando ha crecido, ya no descubrimos el remedio.

Montaigne

A partir de que el alcalde ha sido investido como tal, comienza la andadura del Gobierno municipal y, por tanto, un nuevo ciclo político que se prolongará por cuatro años hasta la celebración de las nuevas elecciones.

El alcalde puede ser nuevo en el cargo o repetir mandato. Si se trata de un nuevo alcalde, lo razonable es que se produzca una ordenada transferencia de poder, lo que exigiría que el equipo de gobierno saliente le expusiera al entrante el estado actual de todas las políticas públicas, así como los proyectos de futuro en marcha (que estén ya comprometidos).

En nuestros niveles de gobierno estatal y autonómico, los cambios políticos dan lugar a traspasos de poder escasamente ordenados y poco eficientes en sus resultados. Lo mismo ocurre en los Gobiernos locales. En estos casos, las instituciones “pierden su memoria (política) histórica” y solo les queda la memoria “burocrática”, que conlleva una vuelta a empezar (cuando menos explicativa) de por qué se han adoptado determinadas decisiones.

Y esto tiene elevados costes institucionales (así como financieros) en lo que a la continuidad de políticas públicas del municipio respecta. **Un recto sentido institucional implica que el alcalde y el Gobierno saliente deben facilitar la transición al ejercicio de poder del alcalde y de su equipo de Gobierno entrante.**

Mi gran secreto ha sido escoger bien a la gente, delegar en ellos, escucharlos y darles crédito por sus éxitos.

Rudolph Giuliani

El momento de formación del equipo de Gobierno es clave en cualquier organización, también lo es para el alcalde. La asignación de responsabilidades políticas a determinadas personas ha de valorar muy bien las competencias políticas que cada uno tiene, pues un error en la elección puede tener consecuencias graves a medio/largo plazo.

Hay una tendencia a considerar como “Gobierno municipal” a la práctica totalidad de los concejales que conforman la mayoría que sustenta al alcalde. La situación se agrava en los casos de “Gobiernos de coalición”. **En los municipios de régimen común,** sin embargo, es el alcalde quien retiene las competencias ejecutivas que no están atribuidas al Pleno, pudiendo, en su caso, delegarlas en concejales.

El diseño presidencialista de ese modelo recomienda un proceso de delegaciones selectivas y, en todo caso, meditadas, con el fin de vertebrar una estructura de Gobierno municipal que se asiente en la dirección política efectiva del alcalde y que funcione, a ser posible, de forma colegiada a través de la Junta de Gobierno, en la que sería razonable que no se insertaran todos los miembros de la mayoría, sino solo aquellos que tengan responsabilidades efectivas sobre determinados sectores de actividad.

Distinto es el caso de los municipios de gran población, en los que la idea de “unidad de Gobierno” está mejor expresada a través de una Junta de Gobierno con competencias propias, y de la que deberían formar parte exclusivamente aquellos concejales o miembros no electos con áreas de responsabilidad efectivas.

En ambos casos, debe reforzarse la idea de que el alcalde es el órgano representativo por excelencia del Ayuntamiento, pero también es el jefe o líder (presidente) del Gobierno municipal, lo que por añadidura debería conllevar que las estructuras se fueran configurando gradualmente como “auténticos Gobiernos”, basados en el principio de colegialidad, responsabilidad solidaria, y con presencia en los mismos (Juntas de Gobierno) exclusivamente de aquellos concejales con atribuciones delegadas. En suma, **un Gobierno municipal más coherente, congruente y eficiente**.

La primera tarea de este Gobierno municipal es elaborar una “hoja de ruta” del mandato que se inicia, esto es, un Plan de Gobierno, un Plan de Actuación municipal o un Plan de Mandato. Este documento es capital para racionalizar el proceso político de toma de decisiones y para alinear a la organización, a los directivos y a los empleados públicos en el cumplimiento de tales objetivos.

En el Plan de Gobierno o Plan de Mandato se deberán establecer las grandes prioridades políticas del período de los próximos cuatro años. Esto es particularmente importante en un contexto de crisis fiscal con escasez de recursos: habrá que sacrificar unas políticas públicas y dar preferencia a otras. Esta es, en efecto, la esencia de la política.

Se ha de diseñar estratégicamente el futuro del municipio para un mandato. **El equipo de gobierno debe tener, por tanto, un buen conocimiento de la realidad en la que se encuentra el Ayuntamiento** (ya sea por experiencia previa o, en su caso, por un correcto proceso de transferencia de poder). Esta operación será particularmente necesaria en el mandato 2011-2015.

El primer año es clave para formular las líneas centrales de las políticas que se quieren realizar en un determinado período. En todo caso, se ha de ser plenamente consciente de que la acelerada evolución de los acontecimientos introduce a la estrategia en un marco de incertidumbre. Nadie en 2007 podía prever que un año después estallaría la crisis financiero-económica en la que estamos inmersos. No obstante, ello no exime de la importancia de apostar por este instrumento de racionalización de la política municipal, cual es el Plan de Actuación municipal.

2. La definición de las prioridades políticas es la esencia de la actividad del político (alcalde o concejal) que gobierna un municipio

En los primeros años de la democracia los ayuntamientos prestaban los servicios elementales a los ciudadanos. Se trataba de necesidades evidentes y urgentes que incentivaron la aparición de organizaciones locales (ayuntamientos) fuertemente ejecutivas en un entorno muy poco problemático y previsible (“organizaciones de rendimiento”).

Treinta años después las condiciones han cambiado profundamente. Las necesidades han ido creciendo y el entorno se ha vuelto incierto. Los servicios obligatorios presentan un grado de prestación satisfactorio y los ayuntamientos –como se verá en el Capítulo 2– se han adentrado en el ejercicio de múltiples actividades y prestaciones al servicio de la ciudadanía.

La “cartera de servicios” ofrecida por los ayuntamientos ha crecido de forma exponencial en los últimos años, al calor de una fuerte demanda ciudadana y, sobre todo, de unos recursos financieros de diferentes procedencias que permitían prestar tales servicios y construir infraestructuras y equipamientos. La situación, sin embargo, ha cambiado radicalmente en los últimos años y, previsiblemente, esa tendencia se mantendrá en los venideros.

Los ayuntamientos deben dejar de lado su concepción de “organizaciones de rendimiento”, para transformarse gradualmente en “organizaciones estratégicas” en las que la decisión de la prioridad política se convierte en el motivo esencial de su existencia.

La política es la elección, a veces “dramática”, entre bienes igualmente valiosos, pero que no admiten realización simultánea o, al menos, no permiten dedicar a ellos los mismos recursos humanos, económicos o materiales. El tiempo acotado de cuatro años de mandato (el ciclo político o, como se ha dicho, “la tiranía del mandato”) y la limitada responsabilidad de recursos, obliga a que el político local se deba inclinar necesariamente por dar preferencia a una política sobre otra. O, al menos, deberá decidir dónde dedica más recursos y en qué ámbitos menos.

Y para llevar a cabo un proceso racional de decisión política es relevante disponer de una “hoja de ruta” (qué es lo que se quiere y adónde se va), evaluar los recursos de que se dispone (humanos y económicos), así como basar tales decisiones en un proceso previo de información de calidad y de contraste efectivo de pareceres (donde entran, como se verá, los instrumentos de participación ciudadana).

En ausencia de proyecto la prueba ensayo error no proporciona aprendizaje, hay error sin ensayo. Ni de un gran éxito ni de un gran fracaso se aprende, solo los pequeños aciertos y los pequeños fracasos muestran la dirección adecuada porque los errores admiten reparación.

Manuel Zafra

En conclusión, el político local debe ocuparse preferentemente de formular políticas y estrategias, así como de establecer prioridades. Los alcaldes y concejales deben huir, en la medida de lo posible, de disquisiciones técnicas o de controversias jurídicas: solo los problemas que admitan más de una solución deberían requerir su especial interés y dedicación.

*A las cosas menudas, el alguacil acuda
y a las cosas grandes, el señor alcalde.*

Anónimo popular

El político no debe rivalizar con el funcionario sobre la conveniencia de una decisión técnica o la aplicación de la ley. **El alcalde o el concejal lleva el timón, no es su función remar.** Debe decidir y, después, buscar de qué modo –respetando la legalidad y buscando la eficiencia– puede alcanzarse ese resultado: los directivos y técnicos deberán allanarle el camino para alcanzar ese objetivo (esto es, ejercer cabalmente la gestión pública de esas decisiones políticas).

3. Gobierno y Oposición: unas breves reflexiones

(...) los más tienen derecho a mandar, pero en el respeto a los derechos de la minoría la democracia tiene que inspirarse en el principio de la mayoría limitada o moderada. Si no, vivirá un día y empezará a morir al día siguiente.

Giovanni Sartori

En la política municipal Gobierno y Oposición actúan en el marco de una institución y, por tanto, su conducta debería estar imbuida de un alto sentido de pertenencia institucional: lo que hagan o lo que digan no es indiferente para la imagen de la institución y, en suma, para la calidad del sistema institucional, así como para la percepción que los ciudadanos y otros actores tengan de ese Ayuntamiento.

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.

Hugh Heclo

En las decisiones políticas, al margen de razones espurias, se entremezclan por lo común innumerables intereses, a veces complementarios y en ocasiones contradictorios. La decisión implica, algunas veces,

sacrificar o penalizar a determinados segmentos de la población en beneficio de los más. Una vez más, la priorización es la regla y la ponderación de intereses en juego nada fácil.

Pero **la política local es, sobre todo, capacidad de entendimiento, de negociación, de consenso y, en determinados casos, de disenso**. Con la finalidad de encauzar el disenso y transformar el conflicto en una pieza racional del modelo, la política local se estructura en el binomio Gobierno-Oposición (mayoría/minoría; aunque también puede haber Gobiernos minoritarios, pues en el ámbito local el sistema de designación automática del alcalde en segunda vuelta facilita esa opción) y se establece un conjunto de reglas institucionales.

Sin un buen Gobierno no hay política local que se precie y tampoco se pueden conducir eficientemente las políticas públicas, pero conviene advertir que **sin una Oposición leal y constructiva no se dan las condiciones necesarias para el buen gobierno y la calidad institucional necesaria**.

¿Qué es lo que requiere un sistema institucional local estable y ordenado?

- Que se cumpla el principio de lealtad institucional tanto en las relaciones internas como con el resto de niveles de gobierno.
- Que se logre un consenso político básico entre el partido o partidos en el Gobierno y los de la Oposición a efectos de determinar el Proyecto de Ciudad o la Agenda estratégica.
- Que se disponga de una Organización aliada con la Política con una distinción precisa de roles (la Política toma las decisiones; la Organización las implementa), sin perjuicio de su interrelación.
- Que se lleve a cabo una correcta gestión intergubernamental de las redes sociales y empresariales, con la puesta en marcha de modelos de gestión cooperativa y en red.
- Que se alcance el empoderamiento de la sociedad civil mediante el reforzamiento del capital social y de la confianza.

Algunas de estas cuestiones ya se han visto y otras se analizarán en fases sucesivas de esta Guía, pero ahora conviene detenerse en cuál es el rol de la Oposición política en un Ayuntamiento.

En democracia quien gana no lo gana todo y quien pierde no lo pierde todo. Este principio exige diseñar las instituciones de tal modo que se articulen de forma ordenada las relaciones entre Gobierno y Oposición. De hecho, políticamente hablando, el Ayuntamiento no se configura como una institución con un órgano colegiado (Pleno) y uno unipersonal (alcalde), con división de funciones. **La esencia de la democracia es la relación entre mayoría y minoría (Gobierno y Oposición)**. En consecuencia, el Pleno, en verdad, no controla al alcalde y a su equipo de gobierno, sino que es la minoría quien ejerce tales funciones.

Pero no es **función de las minorías** desarrollar el control de legalidad (para eso ya están los órganos internos y externos habilitados a tal fin), sino **ejercer el control político**, valorando la oportunidad o conveniencia **de las decisiones adoptadas por el alcalde** y su equipo de gobierno.

El Pleno, en su calidad de órgano representativo, es expresión del pluralismo político y lugar, por tanto, de manifestación de las posibles posiciones de disenso con la mayoría. La labor de la Oposición es trascendental en un sistema democrático, tanto por la representación que tiene anudada como por las importantes funciones de control y supervisión de la actuación del Gobierno municipal. **La minoría se configura, así, como un necesario freno frente a hipotéticas actuaciones del Gobierno municipal** que puedan ser objeto de censura.

En todo caso, hay supuestos en los que la democracia (sistema de adopción de acuerdos) exige mayorías cualificadas (siempre excepcionales), lo que puede reforzar el papel de la minoría, y en otros casos la trascendencia de determinados asuntos para el propio municipio exige por la propia Oposición un comportamiento leal y responsable, actuando de conformidad con lo propuesto por el alcalde o su equipo de gobierno. Son los asuntos de "ciudad" o las decisiones estratégicas. En estos casos, el papel responsable de la Oposición (y de la minoría misma) engrandece su papel institucional. La función de la Oposición se retoma en el Capítulo 5 de la presente Guía.

4. La "Gobernanza" local: batería de instrumentos para un "buen gobierno"

La nueva Gobernanza permite superar las limitaciones y defectos del gobierno tradicional, particularmente cuando una elite político-

técnica centralizada y socialmente distante toma las decisiones y 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.

Luis F. Aguilar

La Gobernanza local se plantea como un catálogo de soluciones que pretenden superar el estrecho marco institucional en el que se mueve la representación política en el ámbito municipal.

Se ha de partir del dato de que el ámbito local (y especialmente el municipal) ofrece una clara ventaja comparativa frente a otros niveles de gobierno, porque la distancia entre los asuntos públicos y los intereses privados es menor. Al ciudadano, en efecto, le resulta bastante sencillo constatar que su bienestar en determinadas cuestiones depende, en buena medida, de las políticas y de las iniciativas públicas que adopte su propio Ayuntamiento.

Si, tal como decíamos en la Introducción, se ha de situar al ciudadano en el centro de la política municipal, no cabe duda de que se ha de procurar abrir todos los canales posibles para que la interlocución entre alcalde y concejales y los propios vecinos sea directa, rápida y transparente. Para obtener ese resultado hay que iniciar un camino decidido hacia el cambio de los modelos actuales de cultura política y de relación socioeconómica con los diferentes actores presentes en el territorio.

El ciudadano no es ni debe ser un “actor pasivo” del Gobierno local, sino que debe tender a relacionarse cada vez más directamente con las propias instituciones, en ocasiones sin intermediarios. Los mecanismos de gestión participativa son numerosos y muy plurales en sus manifestaciones, habiéndose enriquecido notablemente con la emergencia de soportes electrónicos muy diversos (Internet, weblogs, redes sociales, SMS a los teléfonos móviles, etc.).

La Gobernanza se convierte así en el modelo a través del cual la dirección política es capaz de promover la acción conjunta de poderes públicos y agentes sociales y económicos en los procesos de toma de decisiones que afectan a una determinada política pública.

Las redes sociales y empresariales, así como el capital asociativo, son importantes en este proceso. Lo cierto es que las políticas públicas locales se proveen cada vez más en red, bajo formatos colaborativos con otros municipios, con las diputaciones, cabildos o consejos insulares o con empresas u organizaciones no gubernamentales. Sobre este punto volveremos en el Capítulo 6 de esta Guía.

El impulso de un sistema de Gobernanza local requiere por parte de los alcaldes una fuerte dosis de liderazgo político, promoviendo la formación de redes y la articulación de espacios públicos en los que los diferentes actores económicos, profesionales, sociales, institucionales y culturales, valoren, en cada caso, la política con mentalidad ampliada.

En efecto, este aspecto es muy relevante, pues **mediante ese proceso interactivo se obtiene una perspectiva de “mentalidad ampliada”**, los actores participantes en el mismo incrementan su participación cívica, refuerzan su sentido de pertenencia y modulan sus respectivos intereses al conocer las razones y argumentos que esgrimen los demás.

5. La organización administrativa y la gestión del cambio

La estructura de la organización puede definirse simplemente como el conjunto de todas las formas en que se divide el trabajo en tareas distintas, consiguiendo luego la coordinación de las mismas.

Henry Mintzberg

Si resulta capital definir la hoja de ruta o el Plan de Gobierno al inicio de cada mandato, no es menos determinante **fijar la estructura de esa Administración Pública que es el Ayuntamiento.** Esta es, en efecto, **una decisión trascendental.** Y debe estar

plenamente ligada a los objetivos políticos que se pretendan alcanzar en cada mandato.

La estructura administrativa no es algo estático ni heredado, sino que debe adecuarse a las finalidades políticas que se persigan. Ciertamente es que ninguna organización es “una hoja en blanco”, pues cambiar sus estructuras, pero sobre todo su cultura o mentalidad, no es fácil.

Las organizaciones tienen expresiones “formales”, pero también circuitos o claves “informales” que el alcalde y su equipo de gobierno deben conocer. Toda organización tiene, además, “memoria” (las personas que la componen y los proyectos en marcha), y conviene tenerla presente en todo momento.

También las organizaciones tienen un “conocimiento”, que no conviene menospreciar en ningún momento: construir un nuevo conocimiento que se ha dilapidado (por ejemplo, en ceses o remociones) requiere una inversión temporal muy extensa en el tiempo (puede, incluso, alcanzar a todo el mandato) y tiene unos costes políticos y de eficiencia muy elevados. Muchos Gobiernos fracasan por echar el conocimiento existente en la organización a la basura.

Todo ello no quiere decir que se haya de apostar por el inmovilismo, sino todo lo contrario. Cambiar no es destruir, es edificar sobre lo que existe y mantener lo que funciona cabalmente. Nos remitimos a lo dicho en la Introducción.

El contexto de crisis fiscal ha de tener importante impacto sobre la organización político-administrativa. La política de racionalización y simplificación se impone. La imagen de austeridad también. Los test de escrutinio de los medios y de la opinión pública serán (están siéndolo ya) muy intensos en los próximos tiempos.

Bajo esas premisas hay que **reducir el número de personal eventual a las necesidades realmente justificadas.** Es una cuestión de imagen y de efectividad. **El alcalde**, al menos en determinados municipios, **debe disponer de personal de confianza y asesoramiento político, pero este debe dedicarse exclusivamente a esas tareas, no invadir esferas**

directivas ni proyectarse sobre ámbitos reservados al empleo público. Su número debe ser muy moderado.

Asimismo, en un contexto como el descrito, el tamaño del sector público (en este caso local) se convierte en una “obsesión” de los medios y de la ciudadanía: **las estructuras administrativas deben ser las adecuadas a las políticas que se han de ejercer.** La eficiencia, como veremos, debe ser su regla de actuación. Un número excesivo de empleados públicos en un Ayuntamiento traslada una imagen distorsionada de la institución del empleo público y de la propia Administración local.

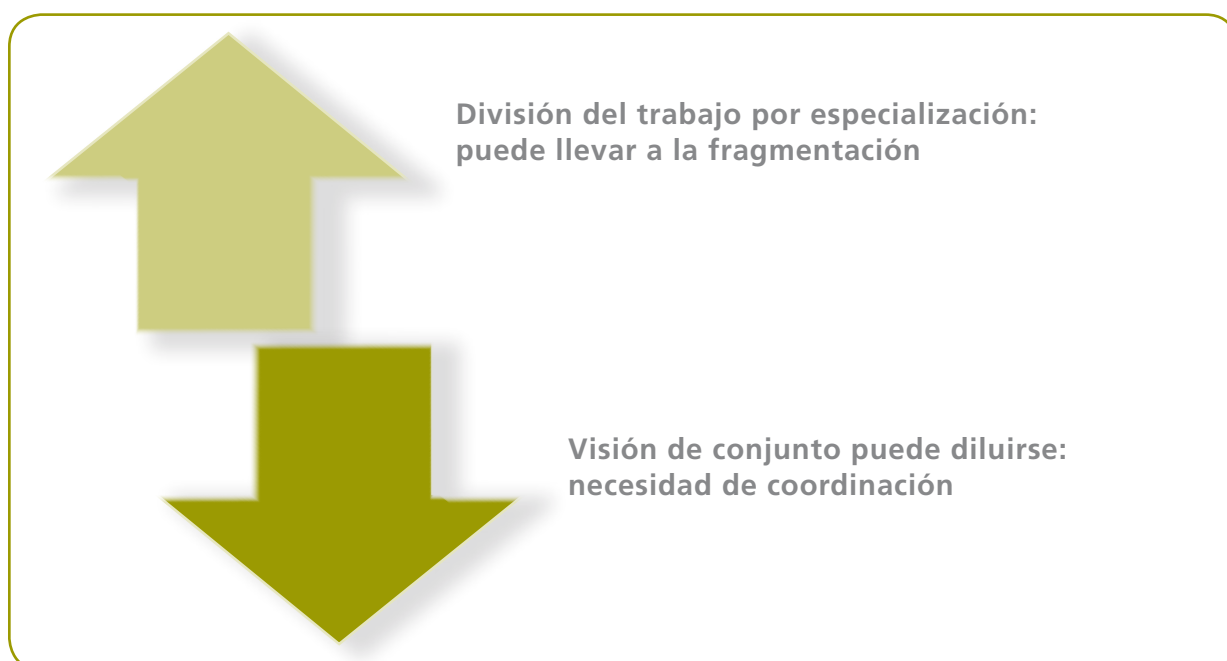
Las organizaciones instrumentales al propio Ayuntamiento deben estar plenamente justificadas. El sector público español sufrirá (ya está sufriendo) procesos de racionalización y simplificación de estructuras, que afectarán también, qué duda cabe, a los Gobiernos locales: **el sector público** empresarial y fundacional, también en los niveles locales de gobierno, **será objeto en los próximos años de una política de racionalización** (supresiones, fusiones, cambios de personificación jurídica, etc.) **o de reforma de cierta intensidad.**

El reformador no impone, crea las condiciones que permitirán el cambio; es decir, un nuevo orden de cosas.

Michel Crozier

En los Planes de Gobierno será oportuno plantearse asimismo todas estas cuestiones instrumentales en función de las políticas que se quieran priorizar. Pero los Gobiernos locales deben impulsar profundos procesos de cambio y modernización de sus estructuras en los próximos años.

El Gobierno municipal debería apostar por configurarse como tal. Y en ese sentido el alcalde debe promover la creación de una estructura de gobierno permanente (que se reúna de forma efectiva), colegiada y que sirva de instrumento articulador de la coherencia institucional del Gobierno respectivo. **Las políticas transversales, sectoriales y horizontales se han de debatir y conocer por todos los miembros del equipo de gobierno, bajo el liderazgo indiscutible del alcalde.** La organización no puede funcionar solo mediante circuitos informales, sino que requiere un proceso de formalización, racionalización e institucionalización que dé impulso efectivo a la acción política municipal.



A tal efecto, es asimismo imprescindible, al menos en municipios de cierto tamaño, que se cree **una Comisión de Coordinación Ejecutiva** en la que estén presentes, aparte del propio alcalde o persona en quien delegue, todos los directivos de la organización, junto con el titular de la Secretaría, de la Intervención y de la Tesorería. En esta Comisión se prepararían todas las decisiones políticas que se vayan a adoptar en los órganos de gobierno, se coordinarían todas las acciones sectoriales y se “cocinarían” los nuevos proyectos estratégicos de la ciudad, antes de ser sometidos al proceso de toma de decisión política y a la deliberación ciudadana.

El correcto ejercicio de la actividad política municipal y su proyección sobre la organización, deben ir encaminados a impulsar procesos de modernización, innovación y cambio en sus respectivas instituciones. Es, actualmente, una necesidad objetiva e, incluso, se podría decir que existencial de los Gobiernos locales. Sobre este punto nos detendremos en el Capítulo 6 de esta Guía, pero **vayan por delante algunas pautas para hacer efectiva esa siempre difícil gestión del cambio.** Veamos.

Un político local que tenga visión y estrategia debe apostar por el cambio. Un cambio meditado, prudente y medido, pero con valentía y ciertas dosis de audacia. El cambio será especialmente necesario en un momento de fuertes constricciones fiscales en el que, junto a decisiones difíciles, habrá

que adoptar otras que vayan encaminadas a reforzar la organización, a innovar y a reformar estructuras y procesos.

Las transformaciones del entorno se convierten, normalmente, en presiones inmediatas para el cambio cuando se presentan a través de indicadores económicos irreversibles.

Koldo Echebarría

Todo proceso de cambio incorpora oportunidades y amenazas. Quienes lo inician se mueven en la primera clave, pero el resto de personas lo tienden a ver como un peligro. Como se ha dicho, “el único que de verdad desea el cambio es un bebé con los pañales mojados”.

En toda organización la resistencia al cambio es habitual. Hay formas de implantar un cambio que palien las inevitables tensiones que el mismo genera.

En los Gobiernos locales cualquier proceso de cambio deberá vencer, por tanto, fuertes resistencias. Pero esto hay que descontarlo, siempre y cuando se tenga claro que es necesario “modernizar, reformar o innovar”. A partir de aquí hay que comunicar bien el proyecto de cambio, comprometer en él al mayor número de personas, y definitivamente llevarlo a cabo. La sostenibilidad del proceso y el liderazgo del mismo es un aspecto, sin duda, trascendental en su éxito o fracaso. En consecuencia, toda gestión del cambio re-

quiere una voluntad decidida por parte de los actores políticos de llevarlo a cabo, tejer una red de alianzas, vencer resistencias y comunicar muy bien cuáles son los objetivos y finalidades que el proceso pretende alcanzar (ventajas para la organización y los empleados, así como para los ciudadanos).

6. La necesidad objetiva de una dirección pública profesional en el espacio local de gobierno

No hay acto que más imperiosamente exija ser cumplido bajo el peso de una gran responsabilidad personal, que la provisión de los destinos públicos.

John Stuart Mill

La complejidad inherente de los asuntos locales en nuestros días requiere, sin duda, de los políticos locales, no solo buena intuición, esfuerzo y dedicación, sino además una correcta comprensión de los problemas sobre los cuales han de adoptar las decisiones políticas, con el objeto de resolverlos.

A pesar de que un político local (alcalde o concejal) dedique buena parte de su tiempo al desarrollo de su actividad política, lo cierto es que, dada la limitación de los mandatos, el conocimiento técnico y las competencias de gestión pública que adquiera serán siempre limitados. No es tampoco función de los partidos políticos formar a sus concejales o al personal directivo de confianza en gestión pública.

Sin duda un político local tiene el refuerzo de la legitimidad democrática que avala sus decisiones, aunque no las justifica si son equivocadas. Frente a él, en el Gobierno local está siempre presente la figura del funcionario o del empleado público. **Ese planteamiento dual (políticos/funcionarios), con alguna excepción singular, sigue marcando la vida institucional del Gobierno local en España.**

Los marcos cognitivos de ambos colectivos (políticos y funcionarios), sus funciones, así como, sobre todo, su percepción temporal (un mandato frente a la permanencia), conducen a que, en no pocas ocasiones, políticos y funcionarios tengan dificultades reales en hallar puntos de encuentro y, sobre todo, un lenguaje común, a pesar de que ambos colectivos dedican sus esfuerzos al mismo objetivo: servir a la ciudadanía.

Igualmente, el desarrollo de políticas públicas tanto de naturaleza sectorial o finalista como de carácter

horizontal, requiere instrumentos de gestión cada vez más sofisticados que una mera concepción “*amateur*” de la dirección pública no puede satisfacer razonablemente.

En fin, **la búsqueda de organizaciones inteligentes, eficientes, adaptadas al entorno y competitivas aboga por la implantación de la figura del directivo público profesional en los Gobiernos locales.** Así lo ha venido haciendo la mayor parte de los países de la OCDE, pues, como se dijo, **es en la reforma de la dirección pública donde una institución se juega realmente la partida de la innovación.**

No cabe duda de que **nuestros alcaldes tienen una disyuntiva muy precisa: a) continuar nutriendo la dirección pública con criterios de confianza política** (dimensión “*amateur*”), como una prolongación en profundidad de la composición ideológica del Gobierno sobre la organización; **o b) inclinarse por captar aquellos directivos públicos que acrediten disponer de las competencias requeridas para el desempeño con éxito de las funciones asignadas** (dimensión “*profesional*”).

Por ninguna manera del mundo se elija a un ‘consejero’ sin que haga primero examen de su habilidad y suficiencia.

Fadrique Furió Ceriol

La decisión sobre este aspecto es crucial, más aún en unos tiempos en que los Gobiernos locales deben gestionar recursos escasos, innovar y, por tanto, apostar decididamente por prestar el mayor número de servicios con menos recursos; esto es, gestionar de forma eficiente.

El momento actual exige más aún una selección de directivos basada en criterios profesionales (lo que no excluye un margen razonable de discrecionalidad en la designación), así como una vinculación con la organización a través de la responsabilidad (o gestión) por resultados, articulada de acuerdo con los objetivos políticos aprobados en el Plan de Gobierno (“Contrato de Gestión”). Al directivo se le ha de evaluar por los resultados obtenidos en su gestión y, en consecuencia, articular a esos resultados un sistema de incentivos.

La articulación de la dirección pública profesional se convierte así en una pieza que conecta dos mundos aparentemente separados: el de la política y el de la función pública. El directivo debe trasladar al político, en lenguaje político, los problemas y cuestiones técnicas; así como ser capaz de llevar a cabo el proceso inverso: transmitir al funcionario las decisiones políticas en un código técnico. Esa doble fuente de actuación es lo que legitima al directivo: no es parte de la política ni tampoco se encuadra en la función pública. Cubre un "tercer espacio" y se configura como una suerte de institución de mediación.

Un directivo profesional es una ayuda inestimable para que un político local pueda dedicarse a su actividad política, acierte en la elección de prioridades, formule adecuadamente las políticas públicas, las implante de forma efectiva y consiga evaluar cuáles son los resultados que de las mismas tiene la ciudadanía. El directivo no es "de los suyos", sino que trabaja en "su" proyecto político, con lealtad institucional y siendo plenamente consciente del impacto político que su gestión tiene. La confianza política no garantiza la adecuada implantación de las políticas públicas: las más de las veces, por impericia, falta de conocimiento o "amateurismo", impide que esta obtenga los resultados satisfactorios perseguidos.

La política necesita incorporar un elemento nuevo, fuerte y potente, una nueva concepción del directivo público (...) La confianza ejecutiva

ha de prevalecer sobre la confianza política que actualmente se pide al directivo (...) La prevalencia de la confianza política actual sobre los cargos de dirección pública genera un mercado de directivos ineficiente, nada transparente ni competitivo.

Lluís Recoder/Jordi Joly

COMPETENCIAS CLAVE PARA EL ÉXITO DEL DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL

- **Deben proporcionar a sus alcaldes y concejales información clara, simple y concisa, formulada en lenguaje político y solo con las indispensables referencias técnicas.**
- **Han de mostrar habilidad para decidir lo no relevante políticamente: un buen directivo debe tener capacidad de decisión en determinados ámbitos y, por tanto, decidir sobre esas cuestiones.**
- **Capacidad de reducir el conflicto: un directivo ha de resolver los problemas y actuar como un "cortafuegos" para el político, al que solo le ha de llegar lo que requiera una decisión política relevante.**
- **Un directivo ha de tener sensibilidad política (a no confundir nunca con "confianza política"); esto es, debe ser plenamente consciente de que su actuación como directivo compromete a un Gobierno, o dicho de otro modo, puede tener consecuencias políticas.**
- **Asimismo, un buen directivo ha de observar permanentemente a su alcalde o concejal con el fin de conocer su personalidad.**



Fuente: Cabinet Office y elaboración propia.

7. Las “personas” que trabajan en la organización

Hay un punto sobre el cual todos los nuevos alcaldes están de acuerdo. Este tiene que ver con las máquinas burocráticas que han heredado. Máquinas descompuestas, disociadas, desmotivadas.

Luciano Vandelli

No se trata de quejarse amargamente, sino de poner remedio. **Un alcalde debe ser plenamente consciente de la importancia estratégica que tiene el capital humano que presta servicios en el Ayuntamiento.** Las personas son, sin duda, el recurso más importante que tiene una organización. La política difícilmente podrá actuar con éxito si no tiene en cuenta los recursos humanos con los que cuenta el Ayuntamiento. De ahí la trascendencia de que sean altamente cualificados y no primen intereses personales o clientelares en su selección. Es, sin duda, uno de los aspectos más importantes para el éxito de la gestión y el desarrollo efectivo del municipio.

Con no poca frecuencia los políticos locales (alcaldes y concejales) no comprenden el papel y la función de los recursos humanos de su respectiva organización, o, simplemente, la sintonía entre ambas esferas se torna compleja. La desconfianza es, a veces, mutua. Los políticos no valoran a los empleados públicos, y estos menosprecian la actividad política. Se produce, así, un choque de enfoques y legitimidades (democrática versus técnica) que perturba y contamina el desarrollo de la organización.

La política de recursos humanos que adopte un determinado Gobierno local es nuclear para una mejor prestación de los servicios públicos y, sobre todo, para una correcta satisfacción de los ciudadanos por los servicios prestados. La política de recursos humanos es una política transversal y requiere que el alcalde la delegue, en su caso, en un político con aptitudes para ejercerla cabalmente, así como que designe –en aquellos municipios que sea posible– un directivo con competencias y experiencia acreditadas en este campo. Reforzar los recursos humanos es mejorar a medio/largo plazo la institución y sus resultados.

Lo cierto es que se trata de una política con **réditos escasos a corto plazo, lo que desanima o, simplemente, no incentiva a que algunos alcaldes le den la importancia que merece.** Pero **en un contexto de crisis fiscal, la trascendencia de los recursos humanos se acrecienta: no se puede solo llevar a cabo una “política de ajuste” (de recortes), sino que en etapa de crisis se ha de apostar también decididamente por una modernización de la gestión de las personas en su respectiva organización:** selección cuidadosa que capte talento; crear sistemas de desarrollo profesional (carrera) sostenibles; invertir mucho en formación (más cuando haya que reasignar efectivos); articular sistemas de evaluación del desempeño; y configurar un sistema de negociación colectiva responsable ante un contexto de privaciones generalizadas (no se puede hipotecar el futuro de la institución por una paz social instantánea). No todo se puede aceptar en pos de la paz social: la negociación con los agentes sociales tiene límites.

Nosotros seremos siempre recordados por las señales que dejamos.

Proverbio Dakota

Al empleado público se le ha de exigir vocación de servicio a la ciudadanía (pues es ella la que paga sus retribuciones), dedicación, esfuerzo, responsabilidad y moralidad, así como lealtad a la institución. No se pueden tolerar –desde una perspectiva ciudadana y de responsabilidad institucional– empleados públicos que trabajen poco o que no trabajen. El Ayuntamiento es un proyecto colectivo, en el que intervienen muchos actores, y el dinero público (escaso en estos momentos) debe ser administrado de la forma más eficiente posible.

En los Gobiernos locales hay empleados públicos abnegados y eficientes, pero también los hay con un bajo sentido de pertenencia a la institución y con una dedicación insuficiente a sus tareas. La solución a estos problemas demanda una organización racional y eficiente, así como con sentido y visión. Pero sobre todo requiere que los empleados públicos sean evaluados por el trabajo que desarrollan. Se ha de colocar a los recursos humanos en el centro de la estrategia de cambio, también en el nivel municipal de gobierno.

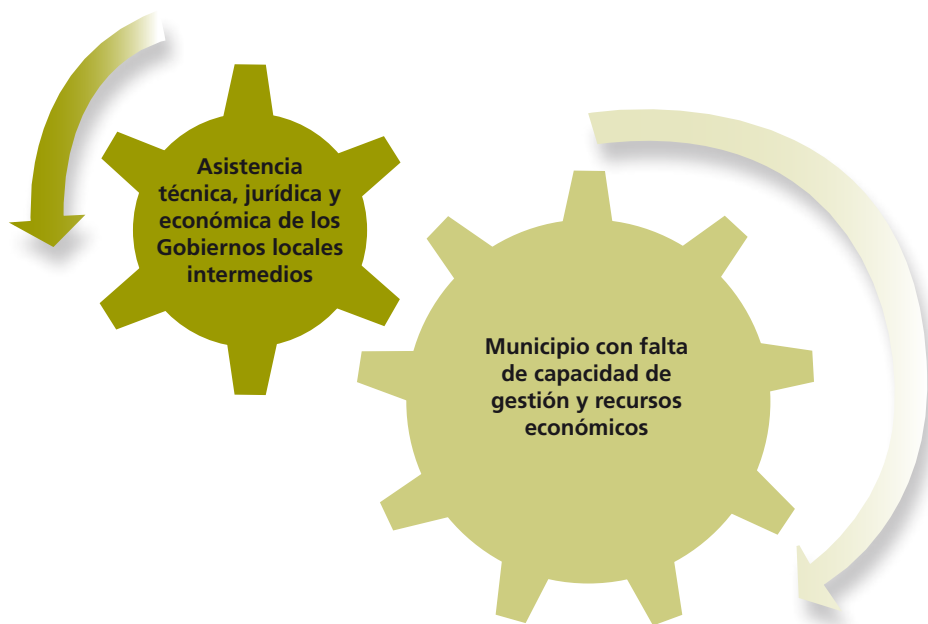
8. Relaciones del municipio con otros niveles de gobierno

Se ha visto antes cómo la Gobernanza es, en realidad, un medio de articular redes donde organizaciones formalmente autónomas se vuelven funcionalmente interdependientes. En ese tejido de relaciones, algunas de ellas (no pocas precisamente) se traban entre actores institucionales (especialmente con los Gobiernos locales intermedios y las comunidades autónomas). Y dentro de ellas merecen especial atención en estos momentos **las relaciones entre municipio y provincia**.

La singularidad de la relación entre provincia y municipios reside en que no es propiamente hablando una relación intergubernamental, sino más precisamente entre dos entidades que integran el mismo nivel de gobierno: forman parte de la comunidad política local.

Así, el municipio acude a la provincia en solicitud de asistencia y apoyo para evitar que su limitada capacidad de gestión impida el ejercicio de sus competencias, y a partir de ese presupuesto la provincia articula redes, elabora planes, pone en marcha diferentes instrumentos, con la finalidad de satisfacer esas demandas con las economías de escala adecuadas, y proporcionando además un personal especialmente cualificado del que no dispone el propio municipio.

Tanto las políticas provinciales como las municipales requieren una visión estratégica que conjugue inteligentemente la visión intermunicipal que debe garantizar la provincia con las políticas propias (las que haya priorizado su alcalde y equipo de gobierno) de cada municipio.



Fuente: VANDELLI, L., *Alcaldes y mitos*, CEPC/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006.

9. Cuadro-Anexo: algunos consejos a los alcaldes

1. La elección de su equipo de gobierno y la designación de los directivos son dos momentos cruciales para garantizar el éxito del mandato: intentad no cometer demasiados errores en esos procesos.

2. Se ha de ser capaz de individualizar los temas estratégicamente claves para la ciudad y sobre ellos buscar el debido consenso.

3. Un buen alcalde debe tener largas antenas y grandes orejas. Debe percibir los distintos humores de la ciudad. Debe escuchar, escuchar y escuchar.

4. Intentad no dejaros llevar por el entusiasmo. Recordad que estais ejerciendo uno de los trabajos más difíciles, fatigosos e incómodos.

5. Intentad no dejaros arrastrar por las dificultades. Recordad que estais ejerciendo uno de los trabajos más fascinantes, concretos, interesantes y útiles.

10. Conclusiones

1. Durante el primer año, es crucial que el alcalde y su equipo de gobierno definan la estrategia de todo el mandato (cuatro años). En concreto, se debe definir el proyecto global de municipio que se quiere alcanzar, así como las políticas públicas que se quieren llevar a cabo. Se requiere, por tanto, ya de inicio, **estrategia y planificación a largo plazo**.

2. En la elaboración de esta estrategia, el equipo de gobierno local tiene que tener claro que estamos en una época de crisis económico-financiera. Es por este motivo que **se deberá evaluar la cartera de servicios que ofrece el Ayuntamiento a la luz de un contexto de escasez de recursos económicos**. Sin ninguna duda, es momento para el alcalde y su equipo de gobierno de **priorizar actuaciones y políticas públicas**.

3. El alcalde y su equipo de gobierno **deben liderar y promover la acción conjunta de todos los actores, políticos, económicos y sociales**, para hacer efectivo su modelo de municipio. Es lo que hemos denominado Gobernanza. Es por ese motivo que los políticos locales deben moverse siempre **en busca del consenso, la unidad y la integración de todos**. Es muy importante tener en cuenta que la **Oposición juega un papel determinante** en la política local, como instrumento fiscalizador de la acción de gobierno.

4. Para alcanzar los objetivos que se han marcado el alcalde y su equipo de gobierno (es decir, el modelo de municipio que se desea y llevar a la práctica las políticas públicas diseñadas), es necesario **racionalizar y hacer más eficientes la organización y los recursos humanos del Ayuntamiento**. En primer lugar, se ha de **simplificar la estructura administrativa y crear órganos de gobierno que permitan una visión de conjunto** o, mejor dicho, que dirijan el Ayuntamiento de manera transversal y coordinada. En segundo lugar, se debe **apostar por la figura del directivo público**

profesional como institución que articule la política y la función pública. En tercer y último lugar, debe adoptarse una **ambiciosa política de recursos humanos** que favorezca el talento, la motivación y la buena gestión.

5. No puede el municipio olvidarse nunca de un factor clave: **cuenta con el apoyo y asistencia, tanto técnica como económica, de los Gobiernos locales intermedios (diputaciones, cabildos y consejos insulares)**. Todos ellos, junto al municipio, conforman nuestra comunidad política local.

11. Instrumentos de gestión

1. Adoptar un **Plan de Gobierno, Plan de Actuación municipal o Plan de Mandato**, que configure el proyecto de municipio que se quiere alcanzar y priorice entre las políticas públicas a desarrollar. Este Plan debe evaluar la cartera de servicios del Ayuntamiento y tomar decisiones sobre la misma, en un contexto de crisis económico-financiera.

2. **Evaluar las dimensiones del aparato administrativo y proceder a la simplificación y racionalización del mismo**. Ajustar el equipo de gobierno y personal eventual y las dimensiones del sector público local (empresas públicas y fundaciones) a aquello que sea imprescindible y necesario.

3. **Crear órganos de gobierno o comisiones ejecutivas que aporten visión de conjunto y transversalidad** a toda la tarea de gobierno.

4. **Crear la figura del directivo público profesional**: escoger a los directivos no sobre la base de la confianza política, sino en función de sus méritos y capacidades y sus competencias profesionales.

5. **Impulsar una política de recursos humanos que apueste por la reforma e innovación**: mejorar los sistemas de selección para captar talento, crear expectativas y motivación articulando una auténtica carrera profesional, establecer mecanismos de evaluación e invertir en formación. Promover, asimismo, la elaboración de Planes estratégicos de Recursos Humanos adecuados al Plan de Gobierno y al resto de medidas propuestas para ese mandato.

12. Algunas lecturas complementarias

HECLO, H., *Pensar institucionalmente*, Paidós, Barcelona, 2010.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., VILLORIA, M. y PALOMAR, A., *La dirección pública profesional en España*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

RECORDER, LL., JOLY, J., *La política que ve. Competitivitat pública per afrontar els reptes del segle XX*, Proa, Barcelona, 2010.

VANDELLI, L., *Alcaldes y mitos*, CEPC/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006.

VARELA, E. J. (dir.), *Claves para repensar el Gobierno local en Galicia: Horizonte Europa 2020*, Vigo: Eixo Atlántico do Noroeste Peninsular, 2011 (http://eixoatlantico.com/_eixo_2009/contenido.php?idpag=6&idcon=pag20090529084714).

ZAFRA, M., "Gobernanza local", en ESCRIBANO, L. (dir.), *Estrategia regional y Gobernanza territorial: La gestión de redes de ciudades*, Sevilla: Consejería de Gobernación (Junta de Andalucía), 2004, p. 135-148. ■

Informe con respecto a la nueva regulación de las licencias locales de actividad

Cayetano Prieto Romero

Director general de Organización y Régimen Jurídico del Ayuntamiento de Madrid

Marta Gómez Alonso

Jefa del Servicio de Estudios del Ayuntamiento de Madrid

1. **Concepto**
2. **Planteamiento**
3. **Previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)**
4. **El régimen aplicable a las actividades de servicios: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**
5. **Especialidades en el ámbito local: artículo 84 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local**
 - 5.1. **Ámbito de aplicación**
 - 5.2. **Régimen jurídico**
 - 5.3. **Previsión sobre adaptaciones a realizar para la aplicación del nuevo artículo 84 bis**
 - 5.4. **Modificación del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales**
 - 5.5. **El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa**
6. **Legislación autonómica reguladora de licencias locales**
 - 6.1. **Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de Madrid**
 - 6.2. **Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid**
 - 6.3. **Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de Madrid**
 - 6.4. **Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas**
 - 6.5. **Ley 5/2002, de 27 de junio, de drogodependencias y otros trastornos adictivos (LDTA)**
7. **Conclusiones**

1. Concepto

Con carácter previo a la exposición de la problemática relativa a la nueva regulación que la legislación básica ha efectuado de las licencias locales de actividad, se considera oportuno efectuar ciertas precisiones conceptuales.

En primer lugar, debe señalarse que las licencias y autorizaciones se incardinan dentro de la denominada actividad administrativa de policía o limitación, que según Parada Vázquez¹ es aquella forma de intervención mediante la cual la Administración restringe la libertad o los derechos de los particulares, pero sin sustituir con su actuación la actividad de estos. Siguiendo a este autor, existen distintos grados de intensidad de esta actividad administrativa de limitación:

1. Deberes o cargas que la Administración puede exigir a los administrados de comunicar determinados comportamientos o actividades.

2. Sometimiento del ejercicio de un derecho a una autorización, que consiste en la constatación reglada por la Administración de que se dan las condiciones requeridas para llevar a efecto dicho ejercicio.

3. Prohibiciones o imposición de conductas positivas a los ciudadanos.

4. Privación de derechos a favor de un interés público mediante una indemnización (expropiación forzosa).

Sosa Wagner² señala que la licencia constituye el ejemplo académico del acto administrativo por el cual la Administración autoriza una actividad privada o encauza el ejercicio de esa actividad, mencionando a continuación la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1971: "licencia municipal es, en general, término equivalente al de autorización administrativa, siendo conceptuada como una declaración de voluntad de la Administración Pública, con lo que se permite a otro sujeto público o privado el ejercicio de un derecho, del que ya era titular, previa valoración de la legalidad de tal ejercicio, con relación a aquella zona del orden público que el sujeto autorizante debe tutelar, no implicando tal licencia o autorización transferencia de derechos del ente público al sujeto privado, sino la simple eliminación de unas cortapisas establecidas previamente por el ordenamiento jurídico, al objeto de que el ejercicio de ciertos derechos por el particular

no pueda hacerse sin un cierto control por parte de la Administración".

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1998 señala a estos efectos que "1.º la intervención de las corporaciones locales en la actividad de los ciudadanos a través del sometimiento a licencia previa o a otros actos de control preventivo es rigurosamente reglada, no pudiendo exigirse o establecerse fuera y más allá de los supuestos específicos en que tal intervención resulta normativamente autorizada, y sin que pueda extenderse por analogía a supuestos que la ley no prevea, porque se trata de limitaciones a derechos de los ciudadanos, en las que, además, ha de actuarse con sujeción, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual, así como a la exigida proporcionalidad".

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (DS), emplea un concepto amplio de la expresión "régimen de autorización", ya que lo define como cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario está obligado a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

Por su parte la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley Paraguas), define "Autorización" como cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio. Y "Régimen de autorización" es cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios.

Por tanto, desde la perspectiva de la normativa de adecuación a la DS lo relevante es que se exija un trámite previo para el ejercicio de la actividad, ya se denomine licencia, autorización, habilitación o inscripción previa en un registro. En todos estos supuestos se aplicarán las limitaciones de la Ley Paraguas relativas al establecimiento de regímenes de autorización para el acceso y ejercicio de actividades de servicios.

1. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, 1994, p. 395 y ss.

2. SOSA WAGNER, FRANCISCO, *Manual de Derecho Local*, Thomson Aranzadi, 2004, p. 228.

2. Planteamiento

En los últimos meses, se han introducido importantes reformas en la regulación de los medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos, mediante los cuales se limita el ejercicio de derechos individuales o colectivos por parte de la Administración. A pesar de constituir un aspecto esencial de la actividad de policía desarrollada por la Administración Pública, sorprende que hasta la modificación operada a través de la 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 (en adelante, Ley Ómnibus), esta cuestión no se abordara en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC).

Por el contrario, en el ámbito de la Administración local, el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL), enumera desde su aprobación las formas de intervención de las entidades locales en la actividad de los ciudadanos, incluyendo entre las mismas el "sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo".

Esta regulación de las licencias locales contenida en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, ha sufrido importantes modificaciones en los últimos meses:

– Como consecuencia de la transposición de la DS, se modificó a través de la Ley Ómnibus el artículo 84 LBRL,³ introduciendo las siguientes novedades:

- Se mantiene la posibilidad de exigir licencia, si bien, cuando se trate de servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Paraguas, se aplicarán las limitaciones generales previstas en la misma.

- Se prevén expresamente las comunicaciones previas, declaraciones responsables, y el control a posteriori.

- Se sustituyen los principios de "congruencia con los motivos y fines justificativos" y "respeto a la libertad individual", por los de "necesidad" y "proporcionalidad".

– En segundo lugar, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (en adelante, LES), ha añadido dos artículos nuevos relativos a las licencias locales a la LBRL: el 84 bis y el 84 ter,⁴ que hay que poner en relación con la Disposición adicional octava⁵ de esta misma Ley. El artículo 84 bis dice:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no

3. "Artículo 84.

"1. Las entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

"a) Ordenanzas y bandos.

"b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.

"c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

"d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.

"e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

"2. La actividad de intervención de las entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

"3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales."

4. Artículo 84 ter:

"Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial."

5. "Disposición adicional octava. Evaluación de la normativa existente sobre licencias locales de actividad.

"1. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno evaluará la existencia de razones incluidas en el nuevo art. 84 bis de la Ley de bases de régimen local en las previsiones existentes sobre licencias locales de actividad. De acuerdo con los resultados de dicha evaluación, el Gobierno presentará en el mismo plazo un proyecto de ley de modificación de las normas en las que no concurren las razones citadas, eliminando la correspondiente exigencia de licencia, sin perjuicio de su sustitución por otras formas de verificación y control administrativo. Las comunidades autónomas y las entidades locales, en un plazo de doce meses tras la entrada en vigor de la presente Ley y en el ámbito de sus competencias, adaptarán igualmente su normativa a lo previsto en el citado artículo de la Ley de bases de régimen local.

se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que este no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente.”

El objeto de este informe es abordar las repercusiones que estas modificaciones legislativas tienen para la normativa municipal, en particular si exigen modificaciones concretas o generales de las ordenanzas municipales reguladoras de autorizaciones o licencias.

3. Previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)

Antes de entrar en el análisis del nuevo sistema configurado por el artículo 84 bis LBRL, debemos hacer referencia al artículo 39 bis LRJPAC,⁶ introducido por la Ley Ómnibus, pues establece los principios generales a los que deberá ajustarse la intervención administrativa que limita el desarrollo de actividades por los ciudadanos:

1. Las Administraciones Públicas que establezcan medidas limitadoras del ejercicio de derechos, deberán elegir la medida menos restrictiva para la libertad individual (principio de proporcionalidad), y respetar los principios de no discriminación, motivación de la nece-

sidad de la intervención, y justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen.

2. En previsión de un incremento de los controles a posteriori, se mencionan expresamente las facultades de comprobación e inspección para velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables a la actividad de que se trate.

Sobre la inclusión de este nuevo artículo 39 bis, llama la atención su coincidencia con el contenido del artículo 84.2 LBRL, que en su redacción originaria establecía –en relación con la actividad de intervención de las entidades locales– que esta se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual. Este precepto también ha sido modificado por la Ley Ómnibus, aunque mínimamente, dada su analogía con los principios de la DS. Es más, inicialmente se planteó sustituir la “igualdad de trato” por el principio de no discriminación enunciado por la DS, si bien el Consejo de Estado en su dictamen aconsejó mantener el concepto de igualdad de trato, al ser más amplio que el de no discriminación. Por tanto, los principios introducidos de manera horizontal, para todas las Administraciones Públicas y en relación con cualquier tipo de actividad, en el artículo 39 bis LRJPAC, ya operaban desde 1985 en el ámbito de la Administración local.

Sobre estos principios, además, es oportuno señalar que también se incorporan con carácter general, a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, al ámbito más genérico de la “buena regulación”,⁷ señalando su artículo 4 que “En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios.”

“2. Los municipios deberán adoptar un acuerdo que dé publicidad a los procedimientos en los que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 84.bis de la Ley de bases de régimen local, subsiste el régimen de sometimiento a la licencia local de actividad, manteniendo dicha relación adecuada a la normativa vigente en cada momento.”

6. “Artículo 39 bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

“1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

“2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.”

7. Estos principios son traslación al Derecho interno de las distintas iniciativas de la UE y de la OCDE en materia de *better regulation*.

4. El régimen aplicable a las actividades de servicios: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

En materia de servicios, rige para las autorizaciones el sistema previsto en la Ley Paraguas, también en el caso de las entidades locales, ya que el artículo 84.1 b) LBRL, modificado por la Ley Ómnibus, establece que cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 se estará a lo dispuesto en la misma.

Por tanto, una cuestión esencial es definir las actividades que se someten al régimen establecido en la Ley Paraguas, que son los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica, y que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro.⁸ Ahora bien, se excluyen una serie de servicios y materias enunciados por la propia Ley Paraguas y por la DS, y algunas de estas exclusiones tienen relevancia desde la perspectiva local. En concreto:

- Los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los transportes urbanos.
- Los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas, provistos directamente por las Administraciones Públicas o por prestadores privados, en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración.
- No se aplica a las regulaciones de efecto general, que se aplican horizontalmente con independencia del tipo de actividad de que se trate. La DS enumera a estos efectos que no se aplica a normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas

de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad, pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada.

Por tanto, para las actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley Paraguas, rigen las limitaciones al establecimiento de autorizaciones contenidas en dicha Ley, en concreto las siguientes:

a) La regla general es el libre acceso, por lo que si la norma no dice nada al respecto, el establecimiento para el ejercicio de actividades de servicios no está sujeto a ningún trámite.

b) Los regímenes de autorización deben establecerse por Ley, motivando la concurrencia de las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

– No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio.

– Necesidad: que esté justificado por una razón imperiosa de interés general. Son las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

– Proporcionalidad: que el régimen de autorización sea el instrumento más adecuado para obtener el objetivo que se persigue.

8. Según indica la Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, Manual para la transposición de la Directiva de Servicios, 2007: "Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse como ejemplos de servicios contemplados en la Directiva los siguientes: las actividades de la mayoría de las profesiones reguladas (como asesores jurídicos y fiscales, arquitectos, ingenieros, contables, peritos), los servicios de los artesanos, los servicios a empresas (como los de mantenimiento de oficinas, consultoría de gestión, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad y selección de personal), las tareas de distribución (incluido el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios), los servicios en el campo del turismo (como los que prestan las agencias de viaje), los servicios de ocio (como los que prestan centros deportivos y parques de atracciones), los servicios de construcción, los de instalación y mantenimiento de equipos, los servicios de información (como portales de Internet, agencias de noticias, editoriales, actividades de programación informática), los servicios de alojamiento y restauración (como los que prestan hoteles, restaurantes, empresas de comidas a domicilio), los servicios en el área de la formación y la educación, los servicios de alquiler (incluido el alquiler de automóviles) y de leasing, los servicios inmobiliarios, los de certificación y verificación, los servicios domésticos (como los de limpieza, cuidadores de menores y jardinería), etc."

5. Especialidades en el ámbito local: artículo 84 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local

Una vez realizada la adaptación normativa a la DS, al menos en teoría, la LES ha dado un paso más, incorporando, tal y como se ha señalado más arriba, los principios de buena regulación, que deberán guiar la actividad normativa a desarrollar por las Administraciones Públicas, y tratando de profundizar en la racionalización del sistema de licencias locales, cuya regulación concreta se halla dispersa en la normativa sectorial.

En efecto, el peculiar sistema competencial de los municipios en España, que conduce a que sea el Estado o la Comunidad Autónoma, según la distribución constitucional de competencias, quien concrete las competencias municipales, lleva también a que los mecanismos de intervención administrativa local se regulen en dicha normativa sectorial. De este modo, parece que a los redactores de la LES les preocupaba que determinadas licencias locales reguladas fundamentalmente por leyes autonómicas quedaran fuera del proceso de “simplificación” realizado a través de la transposición.⁹

Por tanto, la LES ha tratado de suplir esta carencia mediante la incorporación de dos artículos a la LBRL, el 84 bis y el 84 ter, y mediante la inclusión de una Disposición adicional octava que establece un plazo para realizar las adaptaciones derivadas del artículo 84 bis.¹⁰

Las adiciones de los artículos 84 bis y 84 ter se realizan a través del Título II “Competitividad”, Capítulo I “Simplificación administrativa”, Sección 2.^a “De los supuestos de licencias locales de actividad”. Esta Sección incorpora dos nuevos artículos en la LBRL, pero también modifica el artículo 20.4 i) del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLHL).

La complejidad del sistema instaurado ha sido destacada incluso por el Consejo de Estado, que en su dictamen sobre el Anteproyecto de LES manifestó sobre esta modificación que “Ante todo, la técnica normativa empleada por el Anteproyecto es muy confusa. El artículo 44 de este añade dos preceptos a la Ley reguladora de las bases del régimen local que tienen carácter excepcional respecto de lo previsto en aquella –que parte ya, a su vez, de una cierta modulación de su régimen cuando quedan afectadas actividades de servicios–. Quizá por la propia conciencia de falta de claridad que derivaría de estas nuevas reglas, la Disposición adicional novena obliga a evaluar y publicar acuerdos en determinado plazo que precisen con exactitud en qué procedimientos continuaría vigente la exigencia de licencia.

“En segundo lugar, ha de tenerse presente el objetivo de la modificación proyectada. En este sentido, no se trata de poner en cuestión globalmente la figura de las licencias locales de actividad, técnica que presenta ventajas y aspectos inconvenientes cuya ponderación no corresponde a este momento –ni tampoco parece que la pretenda el Anteproyecto–. Antes bien, el punto de partida de la reforma debería ceñirse a lo que dispone hoy el último inciso del artículo 84.1.b) de la Ley reguladora de las bases del régimen local, que se refiere únicamente a la excepción del sometimiento a licencia para el acceso y ejercicio de las actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009.”

Debe señalarse, asimismo, que el Consejo de Estado formuló una observación de carácter esencial a la redacción originaria de la Disposición adicional relativa a la revisión de las licencias locales de actividad, por las razones de seguridad, proporcionalidad y eventual afectación de la autonomía local que comportaba, que conllevó la supresión de la norma derogatoria incluida en dicha Disposición.

Pues bien, con estos antecedentes, se considera que una adecuada comprensión de la modificación

9. Un ejemplo claro de la situación anterior lo constituye el comercio. La Ley estatal básica de comercio minorista ha sido modificada en el año 2010, suprimiendo la licencia comercial específica, que otorgaban las comunidades autónomas para la apertura de grandes establecimientos comerciales. No obstante, la redacción final de este aspecto ha quedado bastante “descafeinada”, y finalmente solo se dice que puede existir, excepcionalmente, un solo procedimiento coordinado para la instalación, que resolverá la autoridad local o autonómica, de acuerdo con lo que disponga la correspondiente Ley sectorial autonómica. Como resultado de lo anterior, la única Comunidad Autónoma que ha suprimido efectivamente la licencia comercial ha sido Madrid.

10. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que mientras que el incumplimiento de la DS puede dar lugar a un procedimiento de infracción por incumplimiento de normas del Derecho comunitario, todo lo que sea ampliación del ámbito de aplicación de la DS no será susceptible de este procedimiento.

operada exige interpretar conjuntamente el artículo 84 bis, la nueva redacción del TRLHL y la Disposición adicional octava. Debido a la ya aludida complejidad de este precepto, se considera necesario analizar separadamente su ámbito de aplicación, el régimen jurídico que se deriva del mismo y las obligaciones que en aplicación de este artículo surgen para las entidades locales. Posteriormente, se comentará brevemente la modificación operada en el TRLHL.

5.1. Ámbito de aplicación

La primera cuestión a dilucidar es a qué actividades se aplica el nuevo régimen previsto en el artículo 84 bis. El tenor literal del precepto señala que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.” Por tanto:

– Se mantiene el régimen del artículo 84.1 b) LBRL, para las actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley Paraguas, ya que el precepto comienza señalando “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior”.

– El artículo 84 bis LBRL incluye una regla general de no sujeción a licencia ni otro medio de control preventivo para el ejercicio de cualquier actividad. Es decir, una interpretación literal indica que se aplicaría a “cualquier actividad”, independientemente de que se trate de una actividad personal, profesional o económica, y también de si es industrial, de servicios, agrícola o ganadera.

Sin embargo, la expresión “ejercicio de actividades” adolece de imprecisión, y además esa interpretación en virtud de la cual las limitaciones del artículo 84 bis se refieren a los mecanismos de intervención para el ejercicio de cualquier actividad se contradice, en cierto modo, con la Disposición adicional octava. Por lo que se considera necesario interpretarla conjuntamente con el propio título de la Sección donde se incardina el precepto modificado, que se refiere a las “licencias locales de actividad”, concepto reiterado en la Disposición adicional octava.

Por tanto, el artículo 84 bis se está refiriendo a una modalidad de licencias que denomina “licencias locales de actividad”. Podemos afirmar que se trata de licencias otorgadas por las entidades locales para el ejercicio de actividades económicas. Estas licencias pueden ser tanto horizontales (como las licencias de obras en las que lo que se controla es la propia ejecución de la obra) como específicamente aplicables a una actividad concreta (como las licencias de actividades clasificadas y las licencias de apertura y funcionamiento de establecimientos), que son las genuinas licencias de actividad.

Llegados a este punto, parece conveniente realizar alguna sistematización de los tipos de licencias locales existentes para evaluar el alcance del artículo 84.

Ballesteros Fernández¹¹ señala que el ejercicio de la facultad de edificar –inherente al derecho de propiedad– y el derecho de libertad de empresa pueden quedar sujetos a las siguientes licencias municipales:

a) Licencias urbanísticas:

- Licencias de obras.
- Licencias de primera utilización de los edificios.
- Licencias de modificación del uso de las edificaciones.

b) Licencias para el ejercicio de actividades comerciales e industriales:

- Licencias de instalación de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
- Licencias de apertura y funcionamiento.

c) Licencias urbanísticas y de apertura de locales destinados a espectáculos públicos, actividades recreativas y otros establecimientos abiertos al público.

La Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de Illes Balears, en su artículo 180, efectúa también una clasificación de las licencias y autorizaciones locales, que resulta ilustrativa a estos efectos:

“Artículo 180. Clases de autorizaciones y licencias

“Las autorizaciones y licencias pueden ser de las siguientes clases:

“a) Licencias urbanísticas para la realización de actos de edificación y uso del suelo de acuerdo con la normativa urbanística que sea de aplicación.

“b) Licencia ambiental para las actividades e instalaciones que sean susceptibles de causar molestias o daños a las personas, bienes, o al medio ambien-

11. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel, “Las licencias urbanísticas y de actividad. Relaciones entre ambas. Otros tipos de autorizaciones necesarias. Tramitación conjunta o separada de estas autorizaciones”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 5, quincena del 15 al 29 de marzo de 2006.

te, cuando estén sujetas a intervención municipal de acuerdo con la legislación aplicable.

“c) Licencias integradas de actividades.

“d) Licencias de ocupación, que se exigirán para la primera utilización de los edificios y la modificación de su uso, cuando no sea necesaria la de apertura.

“e) Autorizaciones o licencias para la utilización u ocupación de bienes del dominio público local.

“f) Aquellas otras establecidas por imposición legal o que los municipios establezcan para finalidades diferentes de las anteriores de conformidad con las leyes, las ordenanzas y los reglamentos locales.”

No obstante, estas clasificaciones no son universales, ya que cada Comunidad Autónoma, en su correspondiente legislación, ha realizado una regulación distinta y ha denominado de forma diferente los tipos de licencias, por lo que lo relevante a la postre es el interés general concreto que se pretende proteger con cada una de las licencias, con independencia de su denominación.

De acuerdo con lo expuesto más arriba, del artículo 84 bis LBRL es posible extraer dos interpretaciones:

– Una interpretación amplia del artículo 84 bis, conduce a entender incluido en su ámbito de aplicación cualquier medio de control preventivo local que de algún modo condicione el ejercicio de actividades económicas.

– Una interpretación estricta del 84 bis llevaría a la conclusión de que el precepto pretende proyectarse sobre dos clases de licencias locales: las denominadas licencias de actividad y las licencias de apertura de establecimientos mercantiles e industriales a que se refería el modificado artículo 22 del Reglamento de servicios. Sin embargo, parece que no se pretende incluir ni las licencias urbanísticas en sentido estricto (licencias de obra y de primera ocupación) ni las exigidas para el ejercicio de la actividad de autotaxi.

5.2. Régimen jurídico

En relación con las actividades a que se refiere el artículo 84 bis:

a) La regla general es la no sujeción a control preventivo.

b) Si el acceso o ejercicio de la actividad afecta a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o implica el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, podrá sujetarse a la obtención de previa licencia, si además se cumplen los siguientes requisitos:

– Justificar la decisión.

– Que el sometimiento a licencia sea proporcionado.

– Que si para la misma actividad se exige una licencia local y de otra Administración, la entidad local motive expresamente en la justificación (requisito 1.º) el interés general concreto que se pretende proteger y que no se encuentra ya cubierto mediante la otra autorización.

No obstante, este precepto plantea algunas dudas interpretativas:

• ¿El régimen de autorización en estos supuestos debe establecerse también por Ley? Aunque el precepto no lo dice expresamente, consideramos que sí, puesto que en la medida en que se está limitando el ejercicio del derecho a la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución, se requiere de una norma con rango de Ley, tal y como señala el artículo 53.1 CE.¹²

• ¿Cómo se conjuga la alusión al uso privativo u ocupación de los bienes de dominio público que realiza el precepto con la regulación contenida en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas? Esta mención se introdujo en la tramitación a través de una enmienda, y parece que precisamente su objeto es salvaguardar la regulación contenida en la Ley de patrimonio, pero los términos en que se expresa el 84 bis no son totalmente coincidentes con los de aquella. No obstante, parece que lo más correcto será entender que es únicamente una salvaguarda para la aplicación de la Ley de patrimonio, cuando se trate de materias reguladas por esta.

El siguiente cuadro muestra las diferencias entre la regulación del artículo 84 y del 84 bis de la LBRL.

12. “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”

	ART. 84	ART. 84 BIS
ÁMBITO DE APLICACIÓN	Servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica	“Ejercicio de actividades”
REGLA GENERAL	Libre acceso	No sometimiento a licencia u otro control preventivo.
MOTIVOS QUE PUEDEN JUSTIFICAR EL SOMETIMIENTO A LICENCIA	<p>Todas las razones imperiosas de interés general señaladas por el TJUE:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Protección del medio ambiente. • Protección del patrimonio histórico-artístico. • Seguridad pública. • Salud pública. • Orden público. • Protección civil. • Preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social. • Protección de los derechos, seguridad y salud de los consumidores. • Exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales. • Lucha contra el fraude. • Protección del entorno urbano. • Sanidad animal. • Propiedad intelectual e industrial. • Objetivos de la política social y cultural. 	<ul style="list-style-type: none"> • Protección del medio ambiente. • Protección del patrimonio histórico-artístico. • Seguridad pública. • Salud pública. • Que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público.
REQUISITOS	Debe establecerse por norma con rango de Ley.	No se especifica el rango de la norma que debe establecer el régimen de autorización.

5.3. Previsión sobre adaptaciones a realizar para la aplicación del nuevo artículo 84 bis

Como cuestión final, debemos aludir a las obligaciones que para las entidades locales se derivan de la Disposición adicional 8.^a LES.

– Las entidades locales deben evaluar toda su normativa relativa a licencias, y adaptarla, en su caso, a las nuevas exigencias derivadas del artículo 84 bis LBRL, lo cual supone básicamente suprimir la licencia si no está justificada por alguna de las razones mencionadas

en dicho precepto, y sustituirla por otro mecanismo de control no preventivo.

– El plazo para realizar dicha evaluación es de un año, a contar desde el 6 de marzo de 2011, con lo cual concluye el 7 de marzo de 2012.¹³

– Asimismo, deberán adoptar un acuerdo que dé publicidad a los procedimientos en que subsiste la licencia local de actividad. Aunque el precepto no lo concreta (habla de “los municipios”, sin mayor precisión), parece que este Acuerdo en el caso de Madrid ha de adoptarlo la Junta de gobierno.

13. “Disposición final sexagésima. Entrada en vigor

“La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’, salvo la modificación introducida por la Disposición final decimocuarta de esta Ley en el artículo 60.3 del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, que entrará en vigor para todas las pólizas de seguro suscritas o renovadas a partir del 1 de enero de 2013.”

5.4. Modificación del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales

La LES ha modificado también el artículo 20 TRLHL. Este precepto regula el hecho imponible de las tasas locales, estableciendo su apartado 4 que las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local, y en particular por los siguientes. Y de la enumeración que se contempla a continuación, nos interesa destacar los siguientes supuestos:

c) Otorgamiento de licencias o autorizaciones administrativas de autotaxis y demás vehículos de alquiler.

h) Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana.

i) Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos.

Este último apartado i) es el que ha modificado la LES, añadiendo junto al otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos, la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo. Lo que interesa resaltar de esta modificación es que, únicamente en el supuesto de las tasas por otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos, se añade la posible exigencia de tasa por “la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo”. Lo que induce a pensar que es en este supuesto en el que el legislador está pensando que se va a realizar la sustitución de la licencia por otros mecanismos distintos al control previo, pero no en los supuestos de licencias de autotaxis ni de licencias urbanísticas.

5.5. El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa

El pasado 7 de julio se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 8/2011, que entre otras

medidas pretende dar cumplimiento a la Disposición adicional octava de la LES, por lo que se refiere a la evaluación de la normativa estatal existente sobre licencias locales de actividad. En concreto, se modifican siete normas con rango de Ley, sustituyendo las referencias efectuadas en las mismas a las licencias por la expresión “medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos”.

Aparte de dichas modificaciones concretas, es importante resaltar que la Disposición adicional séptima de dicho Real Decreto-ley, titulada “Referencias en la legislación estatal a las licencias locales de actividad”, establece que “A excepción de las autorizaciones que se impongan en cumplimiento de la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas y de armas y explosivos, las menciones contenidas en la legislación estatal a las licencias o autorizaciones municipales relativas a la actividad, funcionamiento o apertura se entenderán referidas a los distintos medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos, según los principios del artículo 39 bis de la LRJPAC y contempladas en el artículo 84.1 LBRL.”

La valoración conjunta de las modificaciones a las leyes citadas y la Disposición adicional séptima invitan de nuevo a pensar que el legislador estatal pretende que el artículo 84 bis se aplique fundamentalmente a las licencias de actividades (clasificadas e inocuas), a las de funcionamiento y a las de apertura.

6. Legislación autonómica reguladora de licencias locales

El Ayuntamiento de Madrid ha adecuado su normativa a la DS, a través de la Ordenanza por la que se adaptan al ámbito de la ciudad de Madrid las previsiones contenidas en la normativa estatal y autonómica de transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, aprobada por Acuerdo de 30 de marzo de 2011. Asimismo, se han aprobado otras ordenanzas que efectúan la transposición en ámbitos determinados, como la Ordenanza de 29 de junio de 2009, por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades (OGLUA) o la Ordenanza de 22 de diciembre de 2010, de mercados municipales.

Por tanto, se trata ahora de decidir si las previsiones contenidas en la LES en relación con las licencias loca-

les exigen al Ayuntamiento de Madrid alguna adaptación normativa adicional, sea directamente, sea como consecuencia de una eventual modificación previa de la normativa autonómica.

Contestar a la cuestión planteada exige una nueva revisión del ordenamiento jurídico municipal. No obstante, y en base al ámbito de aplicación definido en el epígrafe 5.1. de este informe, es posible avanzar algunas conclusiones en relación a las licencias vigentes en la ciudad de Madrid para el ejercicio de actividades económicas. Con esta finalidad, se examinan a continuación las previsiones en materia de licencias locales contenidas en las siguientes leyes de la Comunidad de Madrid: Administración local, suelo, evaluación ambiental, espectáculos públicos y actividades recreativas y drogodependencias y otras sustancias adictivas.

6.1. Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de Madrid

El artículo 122.2 de esta Ley prevé la posibilidad de que las entidades locales y la Comunidad de Madrid establezcan convenios para tramitar en un procedimiento único las diversas autorizaciones, licencias o permisos que se exijan a los particulares.¹⁴

La Ley de Administración local de Madrid no contiene ninguna previsión más relativa a la actividad de intervención a realizar por las entidades locales.

6.2. Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid

El Capítulo III del Título IV de esta Ley regula la "Intervención municipal en actos de uso del suelo, construc-

ción y edificación". El artículo 151, que inaugura este Capítulo, enumera en 21 apartados los actos que están sujetos a licencia urbanística. De ellos nos interesa destacar los siguientes:

1. Las obras, en general.
2. La primera utilización y ocupación de los edificios e instalaciones.
3. El cambio objetivo, total o parcial, del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones.
4. La colocación de carteles y vallas de propaganda visibles desde la vía pública.

El apartado 2 de este precepto sujeta también a licencia urbanística los actos de uso del suelo, construcción y edificación que realicen los particulares en terrenos de dominio público, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que deba otorgar el ente titular de dicho dominio.

El artículo 152 precisa que la intervención municipal "Se circunscribe estrictamente a la comprobación de la integridad formal y la suficiencia legal del proyecto técnico con arreglo al cual deban ser ejecutadas las obras, así como de la habilitación legal del autor o los autores de dicho proyecto y de la conformidad o no de lo proyectado o pretendido a la ordenación urbanística vigente de pertinente aplicación."

La Sección 2 de este Capítulo III regula en concreto la intervención municipal en los actos de construcción y edificación y de uso del suelo. Pues bien, lo que en el epígrafe anterior hemos denominado como "licencia de actividad o de apertura", parece identificarse con lo que en la Ley autonómica se denomina "intervención de usos", y se regula en el artículo 155.¹⁵ Y ello a pesar de que no se menciona expresamente en este artículo un interés público distinto al urbanístico en el control a realizar por la entidad local. Es decir, que el sistema vigente en la Comunidad de Madrid tiene la peculiari-

14. "Artículo 122.2:

"En los mismos supuestos que contempla el número anterior, las Administraciones locales y la autonómica podrán establecer convenios para permitir que la adopción de decisiones relativas a materias que requieran la obtención por los particulares de autorizaciones, licencias o permisos, que corresponda adoptar a las entidades locales y la Comunidad de Madrid en virtud de sus propias competencias, se tramiten en un procedimiento único, en el que la entidad a la que no corresponda la adopción de la decisión final deberá informar con carácter preceptivo y vinculante con relación a los aspectos relacionados con sus propias competencias."

15. "Artículo 155. Intervención de usos.

"Cuando se trate de actos de implantación de usos o de modificación de los ya establecidos para el desarrollo de actividades en terrenos, edificios, construcciones o instalaciones o partes de los mismos, sin ejecución de obras de clase alguna, la licencia urbanística se producirá conforme a las siguientes reglas:

"1.º La solicitud de licencia deberá acompañarse de los siguientes documentos:

"a) Documentación técnica exigible.

"b) Consulta previa al Ayuntamiento sobre la legitimidad del uso o usos.

dad de que integra en la categoría “licencias urbanísticas” lo que el legislador estatal denomina “licencias de actividad”.

No obstante, un adecuado análisis del sistema esbozado en la LS exige referirse a las normas del Ayuntamiento de Madrid que han desarrollado la Ley autonómica:

1. La Ordenanza de 23 de diciembre de 2004, de tramitación de licencias urbanísticas (OMTLU).

2. La Ordenanza de 29 de junio de 2009, por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades (OGLUA).

La OGLUA enumera en su artículo 9 las actividades sujetas al control regulado en la misma, precisando que dicho control se efectúa con independencia de que la implantación, desarrollo, modificación o cambio de la actividad requiera o no la realización de obras. Este precepto enumera actividades como la hostelera, comercial, oficinas, restaurantes, industrias, etc.

El Título III OGLUA regula los diferentes procedimientos de gestión y control de actividades, de acuerdo con la siguiente clasificación:

1. Procedimiento ordinario: aquellas actividades que requieren proyecto técnico para la realización de las obras. La tramitación puede ser común o abreviada, y se prevé que, en caso de resultar preciso, este procedimiento incluye la evaluación ambiental.

2. Licencia de primera ocupación y funcionamiento: tiene por objeto acreditar que las actividades y las obras han sido ejecutadas de conformidad con el proyecto y condiciones en que la licencia de obras fue concedida, y que se encuentran debidamente terminadas y aptas según las determinaciones urbanísticas, ambientales y de seguridad de su destino específico. Por tanto, esta es una licencia sucesiva a la obtenida a través de un

procedimiento ordinario, y en ella se valoran, además de los aspectos urbanísticos, los ambientales y de seguridad.

3. Licencias para la implantación o modificación de actividades: se exige esta licencia cuando la implantación o modificación del negocio no exige la realización de obras, o bien se trata de “obras menores”. Se prevé que, en su caso, esta licencia incluirá la evaluación ambiental y la licencia de funcionamiento prevista en la LEPAR.

4. Comunicaciones previas, a las que se sujetan las restantes actividades no incluidas en los procedimientos anteriores.

Poniendo en relación la anterior clasificación con la regulación del artículo 84 bis LBRL, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Procedimiento ordinario: este procedimiento incluye aquellas actividades que requieren proyecto técnico para la realización de las obras, es decir, que la puesta en marcha de la actividad va siempre precedida de la realización de una obra. Esta licencia vendría justificada por motivos de seguridad pública, y en ocasiones también por razones de salud pública.

2. Licencia de primera ocupación y funcionamiento: vendría justificada por motivos de seguridad pública y de protección del medio ambiente.

3. Licencia para la implantación o modificación de actividades: de acuerdo con los Anexos I y II de la OGLUA, estas licencias vienen justificadas por motivos de seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.

Por tanto, en todos los supuestos se cumple la regla inicial del artículo 84 bis, y en nuestra opinión, razones de seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente y, en ocasiones, protección del patrimo-

“c) Copia de las restantes autorizaciones y, en su caso, concesiones administrativas cuando sean legalmente exigibles al solicitante o acreditación de haber sido solicitadas.

“d) Declaración del impacto ambiental cuando el uso al que vayan a destinar las obras lo requiera.

“2.º La mera presentación de la solicitud, con todos los documentos exigibles, comportará automáticamente la autorización provisional para la implantación y el desarrollo del uso o usos de que se trate de acuerdo y en los términos de la normativa que en todo momento los regule.

“3.º El Ayuntamiento deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de un mes desde su presentación. Este plazo se suspenderá, como máximo por tres meses mientras se produce la calificación ambiental del uso, en caso de estar sujeto legalmente a la misma. El transcurso del plazo máximo para resolver solo podrá interrumpirse una sola vez por requerimiento de subsanación de deficiencias o mejora de la solicitud. La ausencia de notificación dentro del plazo de resolución expresa, comportará la concesión de la licencia.

“4.º No obstante y pese a su autorización mediante licencia expresa o presunta, los usos mientras persistan estarán sujetos a inspección municipal, pudiendo los servicios técnicos correspondientes formular por escrito los reparos de legalidad, seguridad o salubridad, sobrevenida incluso, que procedan, que deberán ser cumplimentados. Estos reparos podrán dar lugar, si procede, a la incoación de procedimientos de protección de la legalidad urbanística y de sanción de su infracción, si transcurridos los plazos otorgados para cumplimentar los reparos no se hubieran llevado a debido efecto.”

nio histórico-artístico, justifican el mantenimiento de un control previo, que además cumple con el principio de proporcionalidad, ya que el establecimiento de un control a posteriori para proteger el interés público se produciría demasiado tarde para ser eficaz, afectando al principio de seguridad jurídica.¹⁶

Finalmente, deberá valorarse la cuestión de la concurrencia de autorizaciones. Es decir, en aquellas actividades en que, además de la licencia urbanística local, existe una licencia otorgada por otra Administración, habrá de motivarse por la entidad local el interés general concreto que se pretende proteger y que no se encuentra ya cubierto mediante la otra autorización.

No obstante, la valoración de lo que hemos denominado "concurrencia de autorizaciones", siguiendo el tenor literal del artículo 84 bis, es prácticamente imposible, por los siguientes motivos:

a) Porque quien establece el régimen de autorización no es la entidad local, sino el Estado o la Comunidad Autónoma a través de una Ley. Es decir, que habrán de ser estas instancias territoriales las que, en su caso, motiven y justifiquen la pervivencia de ambas autorizaciones.

b) Porque la aplicación del control municipal sobre las actividades económicas, al estar basado en buena medida en aspectos urbanísticos, no diferencia el tipo de actividad en sí, sino su incidencia urbanística, medioambiental o de seguridad. Es decir, que en principio, y salvo en actividades muy concretas (como los mercados o los taxis), el control municipal no se proyecta sobre una actividad económica concreta. Este control por razón de la actividad es mucho más frecuente en el caso del Estado o la Comunidad Autónoma.¹⁷

6.3. Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de Madrid

El Título IV de esta Ley regula la evaluación ambiental de actividades, atribuyendo a los municipios la tramitación y resolución de los correspondientes procedimientos. El artículo 47.4 señala que el "Informe de

Evaluación Ambiental de Actividades favorable será un requisito previo e indispensable para la concesión de cualquier licencia municipal relacionada con el proyecto o actividad en cuestión, siendo, asimismo, el contenido de dicho Informe vinculante para tales licencias."

La razón imperiosa de interés general que justifica el control previo que se realiza a través del informe de evaluación ambiental de actividades es la protección del medio ambiente. Respecto a los demás requisitos exigidos por el artículo 84 bis, procede reproducir los argumentos contenidos en el epígrafe anterior.

6.4. Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas

Los locales y establecimientos incluidos en el ámbito de aplicación de la LEPAR precisan con carácter previo a su puesta en funcionamiento la licencia municipal de funcionamiento, que es sucesiva a la finalización de las obras. La comprobación a realizar, de acuerdo con el artículo 8 LEPAR, consiste en que las instalaciones se ajustan al proyecto presentado y en que, en su caso, se han aplicado las medidas correctoras.

El artículo 15 LEPAR también regula una licencia municipal para la celebración de espectáculos o actividades recreativas con instalaciones eventuales, en la que se valora el cumplimiento de las condiciones de seguridad, higiene y comodidad.

Finalmente, los artículos 16 y 17 regulan las autorizaciones municipales para la celebración de espectáculos en espacios abiertos y en la vía pública. Parece que en estos dos últimos casos las actividades se desarrollan en dominio público, y de ahí la denominación de autorización, en vez de licencia.

Respecto a la licencia de funcionamiento regulada en la LEPAR, parece existir coincidencia entre su finalidad y la perseguida por la licencia de primera ocupación y funcionamiento prevista en la OGLUA. Por tanto, debería ser objeto de revisión esta eventual duplicidad.

16. Por ejemplo, si se ejecuta la obra sin un pronunciamiento previo de la Administración, que luego declara que no es conforme y exige su demolición, o cuando se procede a efectuar la instalación correspondiente para el desarrollo de una actividad, y el control posterior detecta que dicha instalación no cumple con la normativa de protección contra incendios, o de evacuación de personas...

17. Piénsese, a estos efectos, en las actividades turísticas, las autoescuelas, las escuelas infantiles... Estas actividades se controlan por la Comunidad Autónoma o el Estado, con independencia de que si la actividad se va a desarrollar en un local en concreto, dicho establecimiento esté sujeto al control urbanístico municipal.

6.5. Ley 5/2002, de 27 de junio, de drogo-dependencias y otros trastornos adictivos (LDTA)

El artículo 30, apartado 11, de la LDTA, prevé la exigencia de una licencia específica, a otorgar por la entidad local, para la venta, suministro o distribución de bebidas alcohólicas en establecimientos en que no está permitido su consumo inmediato. El análisis de los criterios que deben ponderarse para la concesión de la licencia,¹⁸ indica que la razón imperiosa de interés general que justifica la exigencia de esta licencia es la protección del medio ambiente, fundamentalmente la protección contra la contaminación acústica.

7. Conclusiones

1. Tras la reforma operada a través de la LES en el ámbito de las licencias locales, existen dos regímenes diferentes en cuanto al control preventivo de actividades: uno aplicable exclusivamente a las actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley Paraguas, y otro aplicable a las restantes actividades.

2. El concepto de licencia local de actividad hace referencia a las exigencias que la normativa establece para el acceso y ejercicio de actividades económicas concretas, pero no parece incluir, tal y como ocurría en la DS, la normativa de efectos generales, que debe cumplir tanto un empresario como un particular, y donde se incluye el urbanismo o las normas de tráfico rodado.

3. No obstante, aun considerando que el nuevo artículo 84 bis también incluye en su ámbito de aplicación las licencias de obra, su mantenimiento vendría justificado por razones de seguridad pública, y en ocasiones de salud pública y de protección del patrimonio histórico-artístico.

4. En consecuencia, las licencias locales de actividad a las que se refiere el artículo 84 bis son, por un lado,

las que controlan aspectos medioambientales, de salubridad o de seguridad (las antiguas actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas), que, en una primera aproximación, están justificadas en la protección del medio ambiente, la seguridad y la salud públicas, y, por otro, las “licencias de actividades inocuas”, es decir, las exigidas para el acceso o ejercicio de aquellas actividades que, a pesar de no afectar potencialmente al medio ambiente, la salubridad o la seguridad, se sujetan a este régimen de control previo. Estas últimas no parecen compatibles con el artículo 84 bis.

5. El Ayuntamiento de Madrid, a través de la OGLUA y de la Ordenanza ómnibus, ya ha realizado una depuración de las actividades en que es exigible la licencia municipal, introduciendo las comunicaciones previas para la implantación, modificación o cambio de actividad –en general, para actividades inocuas–, con obras o sin obras, que no precisen proyecto técnico y no se encuentren relacionadas en el Anexo II de la OGLUA, y sustituyendo diversas licencias por comunicaciones previas o declaraciones responsables.

6. Las autorizaciones para el aprovechamiento especial o privativo del dominio público también están permitidas (sin límite alguno) por el precepto aludido.

7. Se puede hablar de un cierto solapamiento de licencias que persiguen proteger intereses generales, si no idénticos, sí muy similares. No obstante, al estar todas estas licencias integradas en un procedimiento único, desde la perspectiva del administrado no se le exige realizar más trámites por esta cuestión. Por otro lado, todas ellas están previstas en la legislación autonómica, por lo que la iniciativa para simplificar el sistema debe partir, en su caso, de la propia Comunidad de Madrid.

8. Con anterioridad al 7 de marzo de 2012, el Ayuntamiento de Madrid deberá adoptar un acuerdo en el que concrete en qué supuestos se mantiene la “licencia local de actividad”, mencionando expresamente las razones imperiosas de interés general que justifican su

18. “Artículo 30. Prohibiciones.

“11. Para la venta, suministro o distribución de bebidas alcohólicas en establecimientos en que no está permitido su consumo inmediato, será preciso disponer de una licencia específica que deberá estar expuesta en lugar visible para el público.

“Para la concesión de dicha licencia, las corporaciones locales ponderarán, entre otros, los siguientes criterios:

“a) Acumulación de establecimientos de similar naturaleza por la que se ocasione o se prevea la producción de efectos que originen molestias imposibles de solventar mediante medidas correctoras.

“b) El derecho de los ciudadanos a disfrutar de su vivienda en forma digna y adecuada y a que se les garantice el derecho al descanso necesario.

“c) La acumulación reiterada de personas en su exterior con consumo de bebidas alcohólicas o emisión desordenada de música o ruidos.”

pervivencia. No obstante, el sistema de licencias madrileño que se ha expuesto viene regulado en primer término por leyes autonómicas (fundamentalmente la LS y la LEPAR), por lo que corresponde a la Comunidad de Madrid adoptar las decisiones que procedan respecto del mantenimiento, supresión o sustitución de las licencias referidas.

Finalmente debe apuntarse que el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 al que hacíamos referencia más arriba, bajo el título “Silencio negativo en procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa”, ha establecido los supuestos en los que los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo requieren en todo caso de un acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa, precisando, además, que en todos estos supuestos el silencio administrativo tendrá carácter negativo. Este nuevo precepto, que el Real Decreto-ley declara básico al amparo del artículo 149.1.1.^a y 18.^a de la Constitución, exige efectuar una nueva valoración sobre su incidencia en los procedimientos urbanísticos. En principio, la norma exige que determinados actos de construcción, transformación, edificación y uso del suelo se intervengan a través de un control administrativo previo, correspondiendo únicamente al legislador autonómico decidir sobre qué tipo de control preventivo es el más adecuado. ■

En Madrid, a 15 de julio de 2011.

Informe con respecto a la tasa municipal por aprovechamiento del dominio público impuesta a los operadores de telefonía móvil

Patricia Ares Falcó, Reyes Escudero Villafáfila y Dolores Hernández Herrera
Servicio de Asesoramiento a Municipios de la Diputación de Valladolid

1. Antecedentes

Por el Sr. alcalde del Ayuntamiento de X, se solicita de este servicio Informe jurídico sobre el recurso de reposición interpuesto por Y, contra la liquidación de la tasa de ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública girada por este Ayuntamiento a dicha empresa, a los efectos de poder fundamentar la resolución que se dicte.

La legislación aplicable a este supuesto es el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Haciendas locales (en adelante, TRLHL), y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (en adelante, LGT).

Antes de comenzar el Informe, tenemos que matizar que esta materia es objeto de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios. Hasta la fecha no existe jurisprudencia consolidada, existiendo un solo pronunciamiento del Tribunal Supremo (STS de 16 de febrero de 2009), que confirma la legalidad de una tasa municipal por aprovechamiento del dominio público impuesta a los operadores de telefonía móvil, ya sea por redes desplegadas de su titularidad o de terceros. Sin embargo, con posterioridad a esta STS, los TSJ han ido pronunciándose sobre la legalidad de la tasa y de las ordenanzas, tanto estimando como desestimando los recursos interpuestos por las operadoras de telefonía móvil contra las mismas.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, el 29 de octubre de 2010, al enfrentarse a otro caso similar, y tras el Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) de fecha 7 de septiembre de 2010, ha remitido una cuestión prejudicial al TJUE, para obtener su pronunciamiento. Es por ello que, estando este asunto en sede de las más altas instancias judiciales, habrá que esperar a esos pronunciamientos para poder tener una visión más clara de este complejo

tema. No obstante, en este Informe vamos a tratar de exponer la situación de la cuestión en la actualidad, y aplicar los razonamientos al supuesto planteado por el Ayuntamiento de X.

En concreto, la empresa Y realiza tres alegaciones a la liquidación en concepto de "Tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública local" correspondiente al ejercicio 2011, que ha girado el Ayuntamiento de X, que son las que a continuación se exponen y que vamos a ir analizando en este Informe:

2. Consideraciones jurídicas

Primera. Exclusión de los servicios de telefonía móvil de la tasa especial del artículo 24.1 c) del TRLHL. Incompatibilidad con el régimen general del artículo 24.1 a) del TRLHL. Sentencia de 10 de febrero de 2009 del Juzgado núm. 25 de lo Contencioso-Administrativo de Madrid

La empresa alega que en el TRLHL existen dos regímenes diferentes a efectos de exigir este tipo de tasas, el general y el especial.

La tasa general es a la que hace referencia el artículo 24.1 a) del TRLHL para la utilización o el aprovechamiento especial del dominio público, cuantificable en función del valor que tendría en el mercado la utilización o aprovechamiento del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas locales si los bienes no fuesen de dominio público.

En cambio, la tasa especial es a la que se refiere el artículo 24.1 c) del TRLHL, sobre la utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad, que se

cuantifica en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan en cada término municipal estas empresas.

Según la empresa alegante, esta se encuentra sujeta, en su caso, a la tasa especial del artículo 24.1 c) del TRLHL, haciendo referencia a la STS de 16 de julio de 2007, en la que se indica que la tasa a la que se encuentran sujetas las empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el artículo 24.1 c) del TRLHL, con la salvedad prevista en este mismo precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil.

Según la empresa, el hecho de estar sujeto a la tasa especial hace que no pueda aplicarse la tasa general al mismo sujeto pasivo, y puesto que el artículo 24.1 c) del TRLHL excluye de este régimen especial de cuantificación a los servicios de telefonía móvil, no se les puede aplicar, y en consecuencia la liquidación girada al amparo de una tasa general del artículo 24.1 a) del TRLHL es nula de pleno derecho.

No obstante la argumentación anterior, es necesario distinguir entre hecho imponible y régimen de cuantificación de la cuota de la tasa. En este sentido, la STS de 16 de febrero de 2009 ha establecido que el artículo 24.1 c) del TRLHL, lo único que hace es excluir a las empresas de telefonía móvil de uno de los regímenes de determinación o cuantificación de la cuota de la tasa, y que es el sistema especial del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación, pero sin excluir la posibilidad de sujetar a los operadores de telefonía móvil a la tasa municipal por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local.

Es decir, la diferencia entre los apartados a) y c) del artículo 24 del TRLHL, es el modo de cuantificar la tasa, no el hecho imponible de la tasa. Si se da el hecho imponible (utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local), habrá que ver de qué modo se cuantifica la tasa (si de un modo general o de un modo especial), pero el TRLHL no está excluyendo a las empresas de telefonía móvil del hecho imponible de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, únicamente las está excluyendo del modo de cuantificar la tasa en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación.

Además, manifiesta el Tribunal Supremo que si tanto los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público como los

operadores de telefonía móvil son operadores de comunicaciones electrónicas a efectos de la LGT, debe incluirse en este régimen general del artículo 24.1 a) del TRLHL a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario se estaría haciendo una distinción entre operadores de comunicaciones electrónicas, que podría ser contraria a los principios de igualdad tributaria y capacidad económica, y por tanto sería una distinción discriminatoria.

Por ello, y tal como dice el Tribunal Supremo, "... no podemos compartir el criterio de que la exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del art. 24.1.c) del TRLHL de los servicios de telefonía móvil, significa la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo. De la Ley no resulta una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil...".

En este mismo sentido se pronuncian la STSJ de Castilla y León de 11 de noviembre de 2010 y el Informe de la CMT de 7 de septiembre de 2010. Este último señala que el artículo 24 del TRLHL recoge una importante excepción sobre la aplicación del régimen especial para la determinación del tributo, que es la exclusión del mismo de las operadoras de telefonía móvil, lo que conlleva en la práctica que, a diferencia de la telefonía fija, para el caso de los servicios de telefonía móvil solo se puede acudir a la regla general para determinar la tasa en función del valor de mercado de la utilidad derivada de la utilización del dominio público local, y concluye que el TRLHL no ha fijado una fórmula concreta de cuantificación de la cuota a pagar por los operadores móviles a diferencia del resto de servicios y de la telefonía fija, pero en ningún caso se excluye a estos operadores móviles de la aplicación del tributo.

Segunda. Cuantificación de la tasa

En esta segunda alegación la empresa manifiesta que no cabe la imposición de un método de cuantificación de la tasa como hace la Ordenanza fiscal, que es desproporcionado, ya que la empresa no obtiene un aprovechamiento intensivo del cableado que discurre sobre el dominio público local, y además manifiesta que en el hipotético supuesto de que se admitiera legalmente

la aplicación de este tributo, el importe del mismo debería ser considerablemente inferior.

Según la alegante, la Ordenanza que sirve de cobertura a la liquidación recurrida señala como criterios de cuantificación las distancias, registros y postes ubicados en la vía pública del municipio para la red de telefonía fija que resultan útiles para la telefonía móvil. Ante esto, señala que los metros de línea de la red fija que existen en el municipio, no pueden ser un parámetro que se utilice para cuantificar la tasa por el aprovechamiento del dominio público local para las empresas de telefonía móvil, porque la empresa no hace uso de este cableado, puesto que para la prestación del servicio de telefonía móvil se utiliza el espacio radioeléctrico, que es de titularidad estatal.

Por lo que respecta a esta segunda alegación, la STS de 16 de febrero de 2009, establece que el servicio de telefonía móvil requiere para su prestación el empleo permanente e indiscriminado de redes de telefonía fija, tendidas en el dominio público local, pero no solo el de la red fija tendida por la propia compañía, sino también el de las redes tendidas por las restantes compañías, a las que se accede por los derechos de interconexión.

Por ello, establece el Tribunal Supremo que la utilización de todas las redes, tanto propias como ajenas, tendidas en el dominio público local, supone para las empresas de telefonía móvil una utilidad que también tiene que valorarse, y el aprovechamiento especial del dominio público (que da lugar al hecho imponible), se producirá siempre que para la prestación del servicio de suministro sea necesario utilizar una red que ocupe el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, y así manifiesta que "No cabe admitir la tesis de que únicamente las empresas distribuidoras propietarias de las redes de distribución de energía eléctrica pueden ser los sujetos pasivos de la tasa al ser las redes de estas empresas las que ocupan efectivamente el dominio público, porque el hecho imponible contemplado en las ordenanzas que la establecen está constituido no tanto por la utilización privativa del dominio público, como por el aprovechamiento especial del mismo, aprovechamiento que indudablemente lleva a cabo la empresa comercializadora, aunque no sea titular de la red de distribución. Estos esquemas son aplicables, con las debidas adaptaciones, al campo de la telefonía móvil...".

En consecuencia, la afirmación de la empresa alegante de que no obtiene un aprovechamiento intensi-

vo del cableado que discurre sobre el dominio público local, en principio hay que rechazarla, en base a este pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Sin embargo, estas afirmaciones tan tajantes del Tribunal Supremo hay que matizarlas con el Informe de la CMT de 7 de septiembre de 2010. La CMT ha manifestado que, como regla general, la jurisprudencia ha aceptado que tanto los operadores fijos como los operadores móviles están sujetos al pago de la tasa, no tan solo por la utilización de sus redes, sino también de las de terceros.

Pues bien, después de efectuar en el Informe mencionado un análisis de la arquitectura de red mediante la que prestan sus servicios los operadores móviles, la CMT concluye que, a pesar de que no es posible establecer un patrón único para todos los municipios sobre el uso del bien de dominio público local por los operadores móviles (ya que depende de diversas variables como el tipo de tecnología que cada operador utiliza para la conexión de red, la ubicación de estos elementos, la disponibilidad y capacidad de los medios cableados, el plan de despliegue del operador, o la densidad de población), en todo caso, este uso del dominio público local que efectúan los operadores móviles es menos intensivo y extensivo que el de los operadores fijos, ya que en muchos casos utilizan tecnología inalámbrica para la conexión, e incluso en otros casos puede que ni siquiera dispongan de red ni propia ni ajena que ocupe el dominio público local, y por eso en estos casos no se realizaría el hecho imponible de la tasa.

En consecuencia, como los operadores móviles no hacen un uso tan intensivo y extensivo del dominio público local como lo hacen los operadores fijos, para la determinación del valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o el aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público, habrán de tomarse en cuenta exclusivamente, según la CMT, los ingresos a cuya generación contribuye efectivamente el uso del dominio público local (minorando de estos ingresos los pagos que realicen estos operadores a otros si alquilan las líneas de terceros), y en cambio los ingresos generados por los servicios móviles que no requieran de la explotación del dominio público local no deberían formar parte de la base imponible sobre la que se calculan las tasas.

Una vez determinados estos ingresos, relevantes para la determinación del valor de mercado de la utilidad para el cálculo final de la cuota tributaria, entiende la Comisión que sería necesario valorar la intensidad de

uso realizada por los operadores de telefonía móvil en cada concreto municipio, debido a las diferencias existentes en cada arquitectura de red. Así, se disminuiría, e incluso podría ser nulo, el uso del dominio público local en muchos municipios, con lo que se perdería la condición de los operadores móviles como sujetos pasivos de la tasa, y por tanto la posibilidad de los entes locales de exigir esta tasa.

Aplicando todo lo expuesto a la liquidación efectuada por el Ayuntamiento de X, podemos obtener las siguientes conclusiones:

El Ayuntamiento aplica a la empresa alegante la tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de la vía pública local, y aplica las tarifas que establece su artículo 6, de tal modo que multiplica un determinado número de metros de cableado y un determinado número de registros por el importe que tiene fijado en su Ordenanza fiscal. Sin embargo, no justifica que efectivamente esos metros lineales de cable y esos registros, sean realmente utilizados por la operadora de telefonía móvil para la prestación del servicio. Es decir, puede ocurrir que esos metros de cable y registros efectivamente sean de la operadora, pero no todos ellos sean utilizados por la misma para prestar el servicio de telefonía móvil.

El artículo 25 del TRLHL, dispone que los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local deben adoptarse a la vista de informes técnicos económicos, en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado. El Ayuntamiento no adjunta dichos informes, pero lo que sí está claro es que en la liquidación efectuada no se puede comprobar si efectivamente la operadora de telefonía móvil utiliza todos los metros de cable y todos los registros por los que se multiplica y se obtiene la cuota tributaria.

Si realmente hay un uso real para las comunicaciones móviles de todos esos metros de cable por parte de la operadora, la liquidación sería correcta, pero todo parece indicar que el Ayuntamiento ha multiplicado los metros de cable de la red fija por la tarifa de la Ordenanza fiscal.

Si la liquidación realizada por el Ayuntamiento ha sido hecha de este modo, tiene razón la empresa alegante cuando manifiesta que no pueden utilizarse como criterios de cuantificación de la tasa las distancias, registros y postes ubicados en la vía pública del municipio para la red de telefonía fija, si la empresa no hace uso de este cableado. En cambio, sí se po-

drían utilizar sobre los metros que realmente utilizara la empresa para prestar el servicio de telefonía móvil. Y todo ello debería estar reflejado en el Informe técnico económico previo a la aprobación de la tasa, de tal modo que se debería hacer un estudio de los metros de cable y registros que utiliza la operadora alegante en este concreto municipio para prestar el servicio de telefonía móvil.

Hay que indicar que los criterios recogidos en el artículo 6 de la Ordenanza fiscal no permiten obtener una referencia del valor de mercado de la utilidad derivada del aprovechamiento especial del dominio público local, si los bienes no fuesen de dominio público, para los operadores móviles, ya que los metros de cable tendidos para la red fija no pueden ser un parámetro para determinar el valor de la utilidad que produce la utilización del dominio público local por los operadores móviles, si no queda acreditado que estos utilizan toda la red fija para sus servicios móviles. Además, en general, los ayuntamientos que están aplicando esta tasa disponen de una Ordenanza fiscal concreta para operadores móviles, y en cambio el Ayuntamiento de X aplica la tasa general de ocupación del suelo, subsuelo y vuelo de la vía pública local, lo que dificulta determinar el valor de la utilidad de la utilización de estos bienes para los operadores móviles, que, como regla general, no utilizan toda la red fija para prestar estos servicios.

En consecuencia, si el Ayuntamiento ha tenido en cuenta los metros de cable de red fija y el número de registros existentes en el municipio para calcular la cuota tributaria, sin que quede acreditado que todo este cableado y registros son utilizados por los operadores móviles para prestar el servicio de telefonía móvil, la liquidación girada por el Ayuntamiento será nula.

Tercera. Falta de cobertura legal de la tasa por aplicación de la Directiva 2002/20/CE y de la Ley general de telecomunicaciones

Por último, alega la empresa que, en esta materia, rige en primer lugar la Directiva comunitaria 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones, y que se plantean dudas sobre la adecuación al Derecho comunitario de este tipo de ordenanzas que imponen una tasa a la telefonía móvil, lo que puede ser incompatible con la Directiva mencionada. Para la empresa alegante, esta tasa es contraria a los

principios de proporcionalidad, transparencia y no discriminación de esta Directiva.

El artículo 12 de la Directiva dispone que las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general, solo cubrirán los gastos administrativos, y serán objetivas, transparentes y proporcionales. Por otra parte, el artículo 13 de la mencionada Directiva permite que los Estados miembros impongan cánones "... por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en 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..."

El Tribunal Supremo, al enfrentarse con el enjuiciamiento sobre la legalidad de otra Ordenanza fiscal municipal reguladora de las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil, plantea dudas que no surgieron en la STS de 16 de febrero de 2009 que hemos comentado anteriormente, y entiende que la solución del litigio depende del juicio sobre el contraste entre la Ordenanza fiscal y el Derecho de la Unión Europea.

Por ello, el Tribunal Supremo plantea al TJUE tres cuestiones prejudiciales con fecha 29 de octubre de 2010, y que son las siguientes:

1.ª) Si a la vista del artículo 13 de la Directiva, que se refiere a cánones por los derechos de instalación de recursos en propiedad pública o privada, cabe someter a este tributo no solo al operador titular de la red, que la instala, sino también a los operadores que, meramente, reciben servicios de interconexión y que, por tanto, tienen acceso a la red y la usan.

Es decir, el Tribunal Supremo se plantea si, puesto que el artículo 13 de la Directiva solo hace referencia a cánones por la instalación de la red, cabe someter a este tributo no solo al operador titular de la red (que la instala y, por tanto, es sujeto pasivo del tributo), sino también a aquellos operadores que no instalan la red, pero utilizan la red de terceros para prestar sus servicios móviles (por ejemplo, alquilando líneas a otros operadores).

2.ª) Si la respuesta anterior es que sí, pregunta el Tribunal Supremo si es posible exigir este gravamen en la misma cuantía e intensidad para todos los opera-

dores, sean o no titulares de la red, ya que se debería exigir mayor esfuerzo tributario a quien ocupe con más intensidad el bien de dominio público, no estando en la misma situación los titulares de las redes instaladas que los que solo las utilizan en régimen de acceso o de interconexión.

3.ª) La tercera cuestión es si este artículo 13 de la Directiva reúne las condiciones para gozar, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, de efecto directo.

A la vista de las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo al TJUE, y visto que no es claro que la exigencia de la tasa en cuestión sea incompatible con el Derecho comunitario, como refleja el que se esté dilucidando en las más altas instancias, el Ayuntamiento de X no puede aceptar el planteamiento de la empresa alegante de que la Ordenanza que ampara la tasa impugnada es contraria al Derecho comunitario, y habrá que esperar a obtener estos pronunciamientos judiciales.

En conclusión, de las tres alegaciones planteadas por la empresa, el Ayuntamiento, a la vista de los razonamientos expuestos, podrá desestimar la primera y la tercera.

Con respecto a la segunda alegación, si efectivamente el Ayuntamiento ha girado la liquidación únicamente teniendo en cuenta los metros de cableado de la red fija y el número de registros de los que dispone la operadora en el municipio para prestar el servicio de telefonía fija, sin que quede acreditado que dicha empresa, realmente, necesita todos estos elementos de la red fija para prestar el servicio de telefonía móvil, la liquidación será nula, por no darse el hecho imponible de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación del servicio de telefonía móvil.

Se emite el presente Informe sin perjuicio de otro mejor fundado en Derecho. ■

En Valladolid, a 3 de mayo de 2011.

26_{QDL}

Noticias bibliográficas



Noticias bibliográficas

Antonio Descalzo González
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Reforma estatutaria y régimen local

**Luis COSCULLUELA MONTANER, Eloísa CARBONELL
PORRAS (directores), Luis MEDINA ALCOZ
(coordinador)**
Civitas&Thomson Reuters, Cizur Menor,
2011

Entre otras muchas utilidades de los proyectos de investigación patrocinados por el Ministerio de Educación y Ciencia, destaca, desde luego, la creación y consolidación de grupos de trabajo de excelencia, que ofrecen luego sus resultados de alta calidad a la comunidad científica.

Reforma estatutaria y régimen local es una obra que responde cabalmente a tales señas de identidad. Recoge, en efecto, un conjunto de diecinueve estudios elaborados por un excelente plantel de profesores de diferentes Universidades, donde bajo la temática común de investigar los cambios del régimen local fruto de las reformas estatutarias –objeto preciso del proyecto de investigación financiado– se analizan diferentes aspectos de dicha reforma a los efectos de lograr una comprensión y un conocimiento adecuados de tan importante tema para el devenir del Estado descentralizado diseñado por la norma fundamental. Los estudios vienen precedidos por una luminosa “nota preliminar” del director del proyecto donde puede encontrarse el hilo conductor de la obra, y seguidos de un “Anexo” con una muy oportuna selección de los párrafos relativos al régimen local contenidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, verdadera piedra de toque de la posición del régimen local en el momento actual.

De esta manera, en la primera parte de la obra nos encontramos con un conjunto de trabajos dedicados al examen del marco constitucional del régimen local, con una muy particular atención a la doctrina dictada al respecto por el Tribunal Constitucional; análisis que comprende la incidencia de la jurisprudencia establecida en la Sentencia 31/2010.

La segunda parte del libro ahora anotado comprende toda una serie de estudios consagrados a la posición y situación del régimen local en las últimas reformas estatutarias –Cataluña, Andalucía, Aragón, Baleares y Castilla y León–, así como, y por contraste, a la Comunidad Autónoma de Madrid, que no ha participado en el último proceso de reforma.

Los modelos comparados de Alemania e Italia ocupan la tercera parte de la obra, y nos permiten tomar muy buena cuenta de la realidad española en un contexto europeo que nos resulta particularmente interesante, dada la clara influencia que desde antiguo tienen los dos países mencionados.

Por último, la cuarta parte de libro, al abordar el régimen local actual desde distintos sectores testigo, nos permite obtener una visión más completa de la incidencia que sobre el mismo ha producido la última reforma estatutaria.

En suma, una excelente obra que nos permite conocer muy a fondo nuestro régimen local en el tiempo presente, y, en particular, creo que nos ofrece mucha luz sobre la muy debatida cuestión de la denominada interiorización del régimen local en el ordenamiento autonómico.

Tratado de Derecho Municipal, tercera edición, cuatro tomos

Santiago Muñoz MACHADO (director)
Iustel, Madrid, 2011

La publicación de la ya tercera edición del *Tratado de Derecho Municipal* dirigido por el profesor Muñoz Machado es, muy seguramente, la mejor prueba de su condición de verdadera obra de referencia en nuestro panorama científico.

Pues, en efecto, el estudio y conocimiento de cualquier aspecto del régimen local español pasan hoy, necesariamente, por la lectura detallada de las páginas que componen esta magnífica obra colectiva, de una

pléyade de autores expertos en cada una de las parcelas que componen el Derecho municipal.

Esta nueva edición responde a la necesidad de dar una respuesta segura y sólida a los múltiples cambios operados en el régimen local, desde la ya lejana época en que apareció la primera edición de este *Tratado*, a poco de publicarse la Ley reguladora de las bases de régimen local de 1985.

No se trata así, por tanto, de una mera puesta al día de la anterior excelente edición, sino que nos encontramos ante una obra donde tanto la sistemática como el contenido de los estudios son objeto de nueva factura, pues junto a los temas tratados en anteriores ocasiones aparecen ahora otras materias que son asimismo objeto de un análisis detallado.

En particular, cabe destacar que todos los trabajos que forman los cuatro tomos del *Tratado* recogen las especialidades reguladas en la legislación autonómica y/o en las normas generales-estatales, que han ido estableciendo particularidades para algunos tipos de municipios o entidades de naturaleza local.

Convivir en la ciudad. La convivencia en el espacio público

Rafael JIMÉNEZ ASENSIO

Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid/Barcelona, 2011

Conforme ya nos informa su mismo título, este nuevo libro del profesor Jiménez Asensio aborda un tema que realmente resulta crucial en el ámbito local como lugar de encuentro preferente en la vida cotidiana de los ciudadanos, a saber: lograr una adecuada convivencia en el espacio público.

Aunque el trabajo se construye siempre sin perder de vista la perspectiva jurídica, es lo cierto que el autor realiza todo un convincente razonamiento de carácter más general, que nos permite conocer y comprender las múltiples facetas y problemas que pueden aparecer en la reunión en el espacio público de diferentes sensibilidades y culturas.

De esta manera, en efecto, se analizan de manera detallada los problemas más críticos y las causas que están provocando un sensible deterioro en la calidad de vida de nuestras ciudades.

Pero, al mismo tiempo, el autor nos ofrece luego una argumentada exposición sobre las vías de

mejora de esa necesaria convivencia en la ciudad. En particular, y sobre la base de los derechos de los ciudadanos, el profesor Jiménez Asensio apuesta por la implantación de una serie de deberes y responsabilidades para los ciudadanos/vecinos, que hagan posible la vida de los demás. En este sentido, se subraya igualmente la importancia de la participación como vía de integración, sobre todo, de aquellos ciudadanos que por su condición de no nacionales pueden sentirse alejados de las reglas que a tal efecto pueden establecerse en nuestras ciudades.

En suma, un excelente libro donde el lector puede adentrarse con toda seguridad en uno de los temas centrales del actual régimen local.

Administración local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros

Silvia BALLESTEROS ARRIBAS (directora), Julio CASTELAO RODRÍGUEZ, Fernando CASTRO ABELLA, Esteban CORRAL GARCÍA (coordinadores)

La Ley&El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011

Conforme se expresa en la "Semblanza de Ángel Ballesteros" con la que se abre la obra, "bien puede afirmarse que si en alguna ocasión se producen las motivaciones suficientes para un homenaje como este, en el caso de Ángel se justifica plenamente".

Su dilatada y muy fructífera dedicación al estudio y explicación del ordenamiento jurídico de las Administraciones locales explica así, en efecto, que cerca de cincuenta expertos en la materia se hayan reunido ahora para ofrecer un justo homenaje, aportando cada uno de ellos un estudio relacionado con la compleja realidad de las entidades locales.

De esta manera, puede decirse que este homenaje nos ofrece una excelente panorámica de la vida local pues, en efecto, y como bien dice Fernando Castro Abella en la presentación de la obra, desde los problemas de los bienes locales hasta el tema de los honores y protocolo, pasando por la regulación de la función pública, la contratación, la expropiación, la responsabilidad, el urbanismo y los servicios locales, "el libro toca 'todos los palos' salvo muy raras excepciones".

El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"

Miguel Ángel Bernal Blay
Civitas, Madrid, 2010¹

El recurso al sector privado para la construcción de obras públicas ha sido una constante desde que existe una verdadera política sobre la materia. El sistema de ejecución de obras "por empresa", que devendría luego en el más moderno "de concesión", suponía –y supone– la asunción del contratista de la obligación de construir una obra que, atendiendo a su finalidad, puede calificarse de "pública", para retribuirse posteriormente con el derecho de explotación de la misma. Varios estudios se han publicado recientemente sobre la concesión de obras públicas, sobre todo a partir de 2003, cuando la figura despertó de su letargo gracias a una nueva regulación que tenía por objeto impulsar la concesión como vehículo para captar del sector privado los recursos necesarios para la ejecución de obras públicas. Con la misma finalidad, la Ley de contratos del sector público de 2007 incorporó un nuevo tipo contractual "de colaboración entre el sector público y el sector privado" de contornos difusos.

La nueva regulación ha sido acogida con triunfalismos, tanto por el sector público como por el sector privado. El primero ha visto en estas técnicas la solución para el eterno problema de la escasez de recursos presupuestarios para acometer la ejecución de obras públicas, al poder transferir al contratista la carga financiera derivada de la ejecución de la obra, y, en ocasiones, trasvasar la obligación de pago de la obra construida a los usuarios de la misma (quien utiliza, paga). Para el sector privado, la inversión en obra pública a través de estas técnicas se presenta como una alternativa segura (recuperación de capitales, garantías de pago, compartición de riesgos, etc.) frente a las obras privadas, hasta el punto de poder afirmar que las obras públicas se han convertido en una especie de "bienes refugio" para el sector privado, especialmente en momentos en que la inversión en obra privada decrece, tal y como sucede en épocas de recesión económica como la actual.

El valor añadido que presenta esta monografía obedece a la combinación de un primer ejercicio de depuración conceptual de la figura de la concesión de obras públicas, analizando los elementos fundamentales de todo contrato, los sujetos, el objeto y la causa, que se acompaña de un ejercicio de distinción de figuras que el autor conviene en denominar "paraconcesionales", por nacer "junto a" o "al lado de" los contratos de concesión de obras públicas. Se trata de figuras que pueden compartir con el contrato de concesión de obras públicas algunos de los citados elementos, circunstancia que plantea la necesidad de distinguir sus contornos y determinar el régimen jurídico que les resulta de aplicación. Entre estas figuras "paraconcesionales" el autor centra su atención en las concesiones de servicios y en el novedoso contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, ambos contemplados por la normativa sobre contratación pública. ■

1. Esta noticia ha sido redactada por Jesús COLÁS TENAS, oficial mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza.



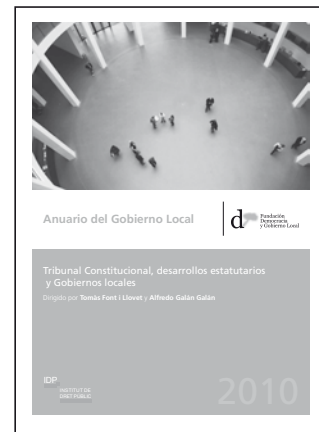
3 números al año

suscripciones

Última edición: junio 2011



**QDL
Anual (3 números)
+
Anuario del
Gobierno Local
80 €**



**QDL
Anual (3 números)
38 €**

**Anuario del
Gobierno Local
55 €**

Suscripciones a través de:

Teléfono: 917 020 414

Fax: 913 103 499

Internet: www.gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España**

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos, debe indicarlo). Por favor, rellene sus datos en letra mayúscula.

*Nombre: Profesión:
 *Entidad: *CIF/NIF:
 *Dirección: *Población: *Provincia: *C.P.:
 Mail: *Teléfono: Fax:

Los campos señalados con un asterisco (*) deberán ser cumplimentados obligatoriamente.

Deseo que me envíen a la dirección indicada:

- QDL - ANUAL (3 números)
- ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL
- QDL - ANUAL (3 números) + ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL

Idioma de los QDL:

- Castellano
- Catalán

Efectúo el pago por el procedimiento siguiente:

- TALÓN ADJUNTO NOMINATIVO A LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
- TRANSFERENCIA BANCARIA
- DOMICILIACIÓN BANCARIA MEDIANTE AUTORIZACIÓN QUE CUMPLIMIENTO ABAJO

Sr. director/del Banco/de la Caja: Sucursal: Localidad:

Autorizo a la Fundación Democracia y Gobierno Local para que cargue los recibos que ha de libramme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta.

Firma:

OBSERVACIONES:

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126, 08008 Barcelona, según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

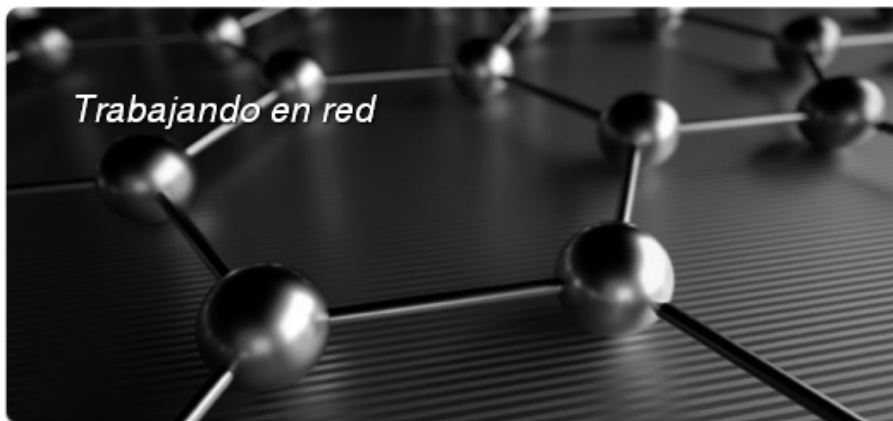
CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Inicio La Fundación ▾ Boletín Actividades ▾ Fundación Digital ▾ Publicaciones ▾ Actualidad



Revista

Revista Democracia y Gobierno Local, nº 13:
La Revista Democracia y Gobierno Local es una publicación divulgativa al servicio de los gobiernos locales municipales e intermedios.

[ver más](#)



Fundación Digital

El Proyecto Fundación Digital hace realidad la finalidad de la Fundación concebida como un foro de encuentro, debate, reflexión y propuesta para la mejora de los Gobiernos Locales...

[ver más](#)



Actividades

7 de octubre a 4 de noviembre de 2011 : Programa para el desarrollo de competencias en política local de los cargos representativos locales. PRÓXIMA CONVOCATORIA

[ver más](#)

Últimas Publicaciones



Anuario del Gobierno Local 2010



Los Consorcios Metropolitanos

Actualidad



La Diputación de Badajoz pone en marcha un "plan de choque" para agilizar la liquidación con Hacienda
miércoles, 07 de septiembre de 2011

Cuarenta municipios de la provincia menores de 2.000 habitantes se beneficiarán
[ver más](#)



La Diputación de Alicante destina 723.000 euros al desarrollo de programas de servicios sociales de atención primaria
martes, 06 de septiembre de 2011

La cuantía se incrementa en un 11,36% con respecto a 2010
[ver más](#)



El gobierno local de La Coruña se adhiere a la e-administración
lunes, 05 de septiembre de 2011

El Ayuntamiento de La Coruña ha firmado un protocolo de adhesión al convenio de colaboración de la Xunta y la Federación Galega de Municipios y Provincias para su desarrollo.
[ver más](#)



La diputación de Toledo ha destinado más de 1.500.000 euros para seis nuevos centros de formación y empleo
lunes, 05 de septiembre de 2011

El Programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios de la Diputación de Toledo gestionará seis nuevos centros de Formación y Empleo en las localidades de Toledo, Talavera de la Reina, Villacañas, Los Yébenes e Illescas.
[ver más](#)

www.gobiernolocal.org

